

MUTUO RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y DECOMISO DE BIENES*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Profesor Titular de Derecho Procesal
Acreditado para Catedrático
Universidad Complutense de Madrid

Sumario. **1.** EL DECOMISO DE BIENES: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS. — **2.** COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y DECOMISO TRANSFRONTERIZO: **2.1.** *Ámbitos en los que resulta necesaria la cooperación judicial internacional para la efectividad del decomiso*; **2.2.** *Actividad normativa supranacional en relación con el decomiso*; **2.2.1.** En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas; **2.2.2.** En el ámbito del Consejo de Europa; **2.2.3.** En el ámbito de la Unión Europea; **2.3.** *Técnicas de cooperación judicial internacional y decomiso transfronterizo: del auxilio judicial al reconocimiento mutuo*; **2.3.1.** Sistemas tradicionales de asistencia judicial internacional; **2.3.2.** El principio del reconocimiento mutuo y su puesta en funcionamiento en la Unión Europea; **2.4.** *Un requisito previo: la armonización del concepto de decomiso*. — **3.** MECANISMOS TRADICIONALES PARA LA OBTENCIÓN DEL DECOMISO TRANSFRONTERIZO DE BIENES. — **4.** EL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES DE DECOMISO EN LA UNIÓN EUROPEA: **4.1.** *Ámbito del sistema de reconocimiento mutuo*; **4.2.** *Actividad procesal en el Estado de emisión*; **4.3.** *Actividad procesal en el Estado de ejecución*; **4.3.1.** Tribunal competente y procedimiento para acordar el reconocimiento y la ejecución; **4.3.2.** La ejecución del decomiso; **4.4.** *Denegación del reconocimiento y la ejecución*; **4.4.1.** Motivos de denegación; **4.4.2.** Régimen de consultas previas; **4.4.3.** Imposibilidad de ejecutar la resolución; **4.5.** *Suspensión de la ejecución*; **4.5.1.** Motivos de suspensión; **4.5.2.** El caso especial de la suspensión en caso de recurso; **4.6.** *Ejecución simultánea en varios Estados de una misma resolución de decomiso*; **4.7.** *Instrumentos para la tutela de las partes y de terceros: régimen de recursos*; **4.7.1.** Previsiones generales de la DMRD; **4.7.2.** El sistema de recursos introducido por la LERD; **4.7.3.** Indemnizaciones y reembolsos. — **5.** EL DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS.

1. EL DECOMISO DE BIENES: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

El decomiso de bienes –a menudo denominado también comiso o confiscación– consiste en la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de su vinculación con un hecho antijurídico¹. Como consecuencia del decomiso, el Estado pasa a adquirir la titularidad del bien decomisado, en perjuicio de su titular anterior. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho se justifican por la existencia de una doble vinculación:

* Publicado en *Cuadernos Digitales de Formación*, 6/2010, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*

¹ Acerca del decomiso, a título monográfico cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, Madrid, 2000; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001; CERESO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada, 2004; PUENTE ALBA, “La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal”, *Actualidad Penal*, 2003, págs. 981-1008; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El comiso”, *La Ley*, 2002-2, págs. 1563-1569; CAMPUS ALCARAZ – URBANO LANZAS, “El comiso en el nuevo Código Penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina”, *Revista de Ciencias Penales*, 1999-2 (1), págs. 107-117; MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, *Actualidad Penal*, 1997-13, págs. 277-297; VERVAELE, “Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho penal?”, *Revista Penal*, 1998-2, págs. 67-80; GANZENMÜLLER, FRIGOLA VALLINA, ESCUDERO MORATALLA, “El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal”, *Revista General de Derecho*, 1998, núms. 640-641, págs. 83-100; MAPELLI CAFFARENA, “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1997-1, págs. 43-53.

— En primer término, se ha de dar una vinculación entre el bien decomisado y un hecho antijurídico (habitualmente delictivo) que es objeto de castigo (normalmente en vía judicial penal). Esta vinculación entre el bien decomisado y el delito puede ser de varios tipos: así, se produce cuando el bien decomisado es un efecto del delito; también cuando es un medio o instrumento de preparación o ejecución del delito; se da igualmente cuando se trata de las ganancias provenientes del delito en cuestión; y son posibles, incluso, vinculaciones más indirectas (v.g., en relación con los bienes adquiridos con el dinero producto del delito).

— En segundo lugar, también ha de concurrir una vinculación entre el titular del bien decomisado y la actividad delictiva castigada: normalmente, el titular del bien decomisado es responsable de la infracción en cuestión, aunque puede darse el decomiso a pesar de que el sujeto no haya sido condenado, y también el decomiso de bienes cuyo titular aparente no es culpable del delito (v.g., cuando el responsable del delito sea su titular real, a pesar de las apariencias; o también en los casos de fraude y abuso en la utilización de personas jurídicas). En realidad, el límite existente en este punto es el de que el decomiso no podrá acordarse en perjuicio de quien sea tercero de buena fe, es decir, no podrán decomisarse los bienes de quien, sin ser responsable del delito, los haya adquirido con desconocimiento de su carácter ilícito.

Si se ahonda algo más en la institución del decomiso, se llega fácilmente a la conclusión de que coexisten bajo una sola denominación dos figuras en parte diferentes: de un lado, el comiso de los efectos e instrumentos del delito y, de otro, el comiso de las ganancias o beneficios derivados del delito².

En algunos sistemas jurídicos, de hecho, ambas figuras reciben denominaciones distintas y se regulan con cierta autonomía entre sí: es lo que sucede en los ordenamientos germánicos, que distinguen entre *Einziehung* – para referirse al decomiso de los efectos e instrumentos delictivos– y *Verfall* – para designar la privación de las ganancias ilícitas–³. En otros ordenamientos, en cambio, se ha optado por realizar una regulación en apariencia unitaria, tal vez por considerar de mayor relevancia el nexo común existente entre ambas modalidades de comiso. Éste ha sido también el camino por el que ha optado la normativa supranacional, probablemente debido a la conveniencia de centrarse en los denominadores comunes de la institución, que son los que identifican sus rasgos esenciales.

En función del tipo de bienes decomisados, esta figura tiene una finalidad y un fundamento parcialmente diferentes.

— En el caso de los efectos e instrumentos del delito, lo que se pretende con el decomiso es evitar el peligro de que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos o, en general, el peligro que representan determinados objetos en sí mismos: ésta es la razón de que también reciba en ocasiones la denominación de «decomiso de seguridad». Sin embargo, además de esta función preventiva –que lo aproxima a una medida de seguridad–, suele reconocerse igualmente que esta

² Sobre esta distinción, cfr. con más detalle AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., págs. 41 y sigs. y 63 y sigs.; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, págs. 39 y sigs.; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del decomiso*, cit., págs. 37 y sigs.

³ Así, el *Strafgesetzbuch* alemán dedica al *Verfall* los §§ 73, 73a, 73b, 73c, 73d y 73e, mientras que la *Einziehung* se regula en los §§ 74, 74a, 74b, 74c, 74d, 74e y 74f; el *Strafgesetzbuch* austriaco se ocupa de la *Einziehung* en el § 26, mientras que la llamada *Abschöpfung der Bereicherung* (privación de la ganancia) y el *Verfall* son objeto de regulación detallada en los §§ 20, 20a, 20b y 20c; el *Strafgesetzbuch* suizo, por su parte, utiliza únicamente el término *Einziehung*, pero en su regulación distingue entre una *Sicherungseinziehung* –decomiso de seguridad– (Art. 69) y una *Einziehung von Vermögenswerte* –decomiso de activos patrimoniales– (Arts. 70-72).

modalidad de decomiso también puede cumplir fines de prevención general, dado que transmite a la sociedad la idea de que el delincuente pierde la propiedad de los elementos utilizados para la comisión de conductas ilícitas⁴.

— En cambio, cuando lo que se decomisa son los beneficios o ganancias, la meta principal que se persigue consiste en evitar que se consume una situación patrimonial ilícita⁵: dado que el Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, ordena la pérdida de éstas. No pueden dejar de apreciarse, por ello, ciertas dosis de prevención general y de prevención especial en esta modalidad de decomiso, que tampoco empañan un carácter preventivo o de seguridad: y es que no puede ignorarse que el patrimonio ilícito puede ser en sí mismo peligroso, dado que puede ser utilizado para la financiación de nuevas actividades delictivas.

2. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL Y DECOMISO TRANSFRONTERIZO

2.1. *Ámbitos en los que resulta necesaria la cooperación judicial internacional para la efectividad del decomiso*

A pesar de que, tal y como se halla legalmente diseñado, el decomiso de bienes tiene un carácter accesorio, es un importante instrumento con el que combatir la delincuencia, especialmente la organizada. En efecto, si uno de los principales factores que definen la delincuencia organizada es la búsqueda de un lucro económico, la privación de ese beneficio es un castigo muy eficaz y disuasorio, en muchos casos mayor que la amenaza personal de privación de libertad o de otros derechos personales en que consiste la pena principal. Más en concreto, no puede perderse de vista que, normalmente, a la delincuencia organizada primaria se encuentra frecuentemente unido, con carácter ancilar, el delito de blanqueo de capitales, que pone de relieve cómo la intención última de los grupos delictivos organizados consiste en colocar «en circuito legal» el producto del delito, para poder disfrutar de él con plenitud. Resulta así evidente que el decomiso de bienes es un instrumento de primera utilidad en la persecución del blanqueo de capitales, pues priva al delincuente de aquello que éste pretendía con su actividad ilegal; y esto, a su vez, lo convierte en una buena manera —no la única, por supuesto— de combatir la delincuencia organizada primaria. Asimismo, y en un plano algo diferente, la aprehensión de los medios económicos con que se financian las actividades terroristas constituye también un elemento básico para lograr su erradicación.

La creciente dimensión transnacional de las actividades de los grupos delictivos organizados ha conducido a que cada vez con más frecuencia los bienes susceptibles de decomiso se encuentren o hayan sido desplazados a un Estado distinto de aquél en que se cometió la actividad delictiva o, en todo caso, en un Estado diferente de aquél en el que se ha abierto el correspondiente proceso penal: si quiere imponerse la sanción de decomiso, será imprescindible el auxilio de las

⁴ En este sentido cfr., entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, cit., págs. 40-43; MAPPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", cit., pág. 51; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, cit., pág. 34; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso", cit., pág. 1565.

⁵ Cfr. nuevamente CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio ilícito*, cit., págs. 40 y 49; BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, cit., págs. 87-88; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, cit., pág. 34; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso", cit., pág. 1566; sobre esta figura cfr. también HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal, con especial referencia a la legislación sobre drogas", *Actualidad Penal*, 1990, núm. 17, págs. 1 y sigs.

autoridades del Estado en que se encuentran los bienes en cuestión. En estos casos, pues, cabe hablar de decomiso «transfronterizo»⁶.

La adopción de un decomiso transfronterizo puede afectar, por lo menos, a tres actividades procesales diferentes o, dicho a la inversa, son hasta tres las actividades procesales relacionadas con el decomiso que se pueden ver afectadas por su eventual dimensión transfronteriza:

— La investigación, centrada sobre todo en la identificación y la localización de los bienes a los que puede afectar el decomiso, en caso de que se hallen en un Estado diferente de aquél en que se sustancia el proceso penal.

— El aseguramiento de los bienes a través de medidas cautelares, una vez han sido localizados, a la espera de que en el proceso penal el tribunal se pronuncie a título definitivo acerca de su decomiso.

— La ejecución en sí del decomiso y la producción de su efecto característico de privación de la titularidad de los bienes y derechos a los que afecte, incluida la determinación del destino que ha de darse a los bienes decomisados.

Por razones obvias, en las páginas que siguen nos ocuparemos de este último aspecto.

2.2. Actividad normativa supranacional en relación con el decomiso

Respecto de todas estas actividades puede ser necesaria la cooperación entre autoridades de Estados diversos; y esto explica, justamente, que se hayan aprobado normas supranacionales sobre la materia y que –entre otros aspectos– se ocupen de estas cuestiones procesales. Ha de notarse además que buena parte de estas normas no se centran en el decomiso en general, sino en el decomiso vinculado con cierto tipo de delincuencia, pues debe tenerse en cuenta que el impulso para estos desarrollos normativos lo ha constituido, sobre todo, la lucha contra el blanqueo de capitales y el tráfico de estupefacientes.

Ha tenido lugar así una relevante producción normativa supranacional sobre esta materia. Es importante ahora enumerar las normas de mayor relevancia, insistiendo –como siempre que se manejan normas que regulan la cooperación judicial internacional– en que estas normas proceden de instancias diversas y tienen ámbitos de aplicación parcialmente distintos.

2.2.1. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas se deben tener en cuenta dos textos fundamentales:

1. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena en 1988 (CNU/1988), que –por lo que ahora nos interesa– regula el decomiso de los productos, bienes y ganancias relacionados con este tipo de delitos, así como la cooperación internacional que deben prestarse recíprocamente los Estados a tal fin⁷.

⁶ En general, sobre la mayoría de las cuestiones que se abordan, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Ed. Colex, Madrid, 2007.

⁷ Ratificada por España por Instrumento de 30 de julio de 1990 (BOE núm 270, de 10 de noviembre de 1990). También se puede acceder al texto de la Convención en http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Para acceder a la situación de la Convención en cuanto a adhesiones, reservas y declaraciones, se puede acudir a la siguiente página: http://www.unodc.org/pdf/treaty_adherence_convention_1988.pdf.

2. La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en 2000 (CNU/2000), que cumple los mismos objetivos que la anterior, pero en relación con los tipos que integran la noción convencional de delincuencia organizada transnacional⁸.

Ambas Convenciones tienen un carácter general y los preceptos que dedican a la cooperación entre Estados –incluidas las disposiciones relativas al decomiso– tienen un contenido bastante genérico, sobre todo en lo referido a la articulación procedimental. Por eso, su margen de acción ante nuestros tribunales tenderá a ser residual: habrá que acudir a ellas para instrumentar la cooperación con las autoridades de Estados con los que no nos ligue un instrumento normativo de ámbito y/o de contenido más específico –que es precisamente lo que sucede con los aprobados en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea–.

2.2.2. En el ámbito del Consejo de Europa

En el ámbito del Consejo de Europa son tres los textos normativos básicos:

1. Con carácter general, debe tenerse en cuenta el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo en 1959⁹ (CCE/1959), que sirve para complementar las eventuales lagunas que, sobre todo en relación con ciertas cuestiones procedimentales, puedan plantearse al aplicar los demás Convenios.

2. De forma especial, se encuentra el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo en 1990 –Convenio núm. 141– (CCE/1990)¹⁰, que contiene una regulación bastante detallada de los supuestos y de los términos en que ha de prestarse la cooperación judicial internacional en esta materia.

3. El CCE/1990 está llamado a ser sustituido en el futuro por el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia en 2005 –Convenio núm. 198– (CCE/2005)¹¹: el nuevo texto asume el contenido del anterior, pero amplía y perfecciona su regulación, al tiempo que la extiende a la financiación del terrorismo; entró en vigor en 2008 para unos pocos Estados, pero aún no ha sido ratificado por España (nuestro país lo firmó el 20 de febrero de 2009).

2.2.3. En el ámbito de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea la acción normativa ha sido mucho más intensa y son varios los textos normativos con incidencia directa en la cooperación para lograr la efectividad del decomiso de bienes en supuestos de alcance transnacional. Cabe destacar, sobre todo, los siguientes:

⁸ Ratificada por España por Instrumento de 21 de febrero de 2002 (BOE núm 233, de 29 de septiembre de 2003). Su texto puede consultarse también en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1292.pdf>. Para acceder a la situación de la Convención en cuanto a adhesiones, reservas y declaraciones, se puede acudir a la siguiente página: http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_signatures_convention.html.

⁹ BOE núm 223, de 17 de septiembre de 1982.

¹⁰ El acceso al texto del Convenio, así como al listado de Estados firmantes y de reservas y declaraciones puede hacerse a través de la página web del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int>.

¹¹ Se puede acceder a él también en la dirección <http://conventions.coe.int>.

1. El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 (CAAS)¹²: a pesar de su celebración al margen de los cauces de producción normativa comunitaria, se encuentra actualmente incorporado al acervo normativo europeo. El CAAS no se ocupa a título específico del decomiso de bienes, pero sí que establece el marco genérico en que se desenvuelve la cooperación judicial penal entre Estados miembros de la Unión, por lo que resultará aplicable a título subsidiario (aunque reconociéndole un margen muy limitado en los temas que ahora centran nuestro interés).

2. La Acción Común 98/699/JAI del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, dirigida a institucionalizar y agilizar la cooperación entre los Estados miembros en esta materia¹³.

3. El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por Acto del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (CUE/2000)¹⁴: de forma análoga al CAAS, no contiene una previsión específica en relación con el decomiso de bienes, pero sí establece un marco genérico, apto para dar cobertura a las lagunas que plantee la tramitación del auxilio judicial internacional en esta materia.

4. El Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (aprobado por Acto del Consejo de la Unión Europea de 16 de octubre de 2001): colma en gran medida el vacío del Convenio en relación con la persecución del blanqueo de capitales, en concreto en el ámbito de la investigación de cuentas y transacciones bancarias, lo que permite el acceso a información sobre bienes y derechos susceptibles de decomiso¹⁵.

5. La Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹⁶: tiene por finalidad hacer más eficaz entre los Estados de la Unión Europea la aplicación del CCE/1990 (obligando a los Estados miembros a no formular ni mantener ciertas reservas contempladas en el Convenio), así como forzar la incorporación del llamado «decomiso de valor» en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

6. La Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DMEP)¹⁷. A través de este instrumento se aplica la técnica del reconocimiento mutuo a las resoluciones adoptadas por los tribunales de un Estado en las que se acuerdan medidas cautelares encaminadas a asegurar la efectividad de un posterior decomiso definitivo que habrá de recaer sobre bienes situados en otro Estado. El legislador español ha incorporado esta Decisión Marco a nuestro ordenamiento a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la

¹² BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

¹³ DOUE L 333, de 9 de diciembre de 1998. Esta Acción Común fue modificada por Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio de 2001 (DOUE L 182 de 5 de julio de 2001).

¹⁴ DOUE C 197, de 12 de julio de 2000.

¹⁵ DOUE C 326, de 21 de noviembre de 2001.

¹⁶ DOUE L 182, de 5 de julio de 2001; nos referiremos a ella más adelante como DM 2001/500.

¹⁷ DOUE L 196, de 2 de agosto de 2003. Cfr. al respecto AA.VV., *La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 117, 2007.

Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales (LERE) y de la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior¹⁸.

7. La Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DMD)¹⁹. Su finalidad es extender el ámbito en el que es posible el decomiso de bienes, especialmente a través de la denominada «potestad de decomiso ampliada». El plazo para que sus disposiciones se incorporen a las legislaciones nacionales estaba establecido para el 15 de marzo de 2007 (art. 6.1); el legislador español pretende operar los cambios necesarios para ello a través del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal²⁰, actualmente en tramitación parlamentaria, que incorpora una nueva redacción del art. 127 CP.

8. La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DMRD)²¹. Con esta norma se aplica la técnica del reconocimiento mutuo a las resoluciones finales por las que se decreta esta medida y se consagra la normalidad del decomiso transfronterizo en el contexto europeo. El ciclo normativo se cerrará una vez que los Estados miembros hayan dictado las correspondientes normas internas para incorporar a sus ordenamientos el contenido de la DMRD, para lo que disponían, en principio, de un plazo que venció el 24 de noviembre de 2008 (art. 22.1): en nuestro país, lo anterior se ha hecho a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (LERD) y de la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, complementaria de la anterior²².

2.3. Técnicas de cooperación judicial internacional y decomiso transfronterizo: del auxilio judicial al reconocimiento mutuo

Cuando se trata de disponer el modo en que debe producirse la cooperación entre autoridades judiciales de Estados distintos, son dos las grandes tendencias que inspiran la actividad legislativa supranacional, basadas en criterios diversos y que coexisten e inciden sobre nuestro ordenamiento:

— De un lado, están los instrumentos jurídicos que son exponentes de las técnicas de regulación propias de la asistencia judicial internacional entre Estados.

— De otro, están los instrumentos normativos que se pueden considerar fruto de la consagración del principio del reconocimiento mutuo como criterio inspirador de la producción normativa, y que son propios del espacio europeo de justicia.

2.3.1. Sistemas tradicionales de asistencia judicial internacional

Lo que caracteriza a los instrumentos normativos propios de los sistemas de asistencia judicial internacional es la correlación entre una solicitud de colaboración formulada por un Estado requirente y la correspondiente decisión del Estado requerido acerca de si presta la colaboración pedida, seguida, en su caso, de la

¹⁸ Publicadas ambas en el BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006. La transposición se ha producido con un ligero retraso, dado que el plazo máximo para dar cumplimiento a la Decisión Marco era el 2 de agosto de 2005, según su art. 14.

¹⁹ DOUE L 68, de 15 de marzo de 2005.

²⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009; www.congreso.es).

²¹ DOUE L 328, de 24 de noviembre de 2006.

²² Publicadas ambas en el BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2010. También la transposición se ha producido en este caso con un cierto retraso, dado que el plazo máximo para dar cumplimiento a la Decisión Marco era el 24 de noviembre de 2008, según su art. 22.

actividad necesaria para hacer efectiva la colaboración y remitir el resultado al requirente. Se trata, pues, del funcionamiento habitual a través de comisiones rogatorias, caracterizado por la existencia entre la solicitud de cooperación y la obtención de la asistencia pedida de una decisión intermedia o interpuesta: la decisión del Estado requerido acerca de si concede o no el auxilio pedido, que suele estar sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos y a la ausencia de determinados óbices, y que otorga un cierto margen de incertidumbre (tanto en el *an*, como en el *quando*) al funcionamiento del sistema. Por eso, cabe hablar en estos casos, *mutatis mutandis*, del desarrollo de un procedimiento interno de exequátur respecto de la petición de asistencia judicial internacional, que es concedido por la autoridad competente del Estado requerido, con la singularidad añadida de que la iniciativa no es de parte, sino oficial: se concede una legitimación muy especial a las autoridades del Estado requirente para solicitar al Estado requerido el desarrollo de ciertas actuaciones propias de un proceso penal.

Éste es el esquema aún prevalente y a él responden el CCE/1959, el CNU/1988, el CNU/2000, el CCE/1990, el CCE/2005, el CAAS y el CUE/2000, aprobados en contextos supranacionales muy diversos.

No obstante, es habitual señalar que los cauces tradicionales de asistencia judicial internacional carecen de agilidad y eficacia, y que su cumplimentación suele ser costosa en términos de tiempo y esfuerzo. Contribuye a este resultado la actuación como intermediarias de las «autoridades centrales» de las que, normalmente, se sirven los instrumentos normativos supranacionales como intermediarios para canalizar las solicitudes de cooperación.

También constituye un serio obstáculo para la eficacia de los sistemas el dato de que el régimen normativo aplicable no es siempre homogéneo y tampoco resulta siempre fácilmente determinable: debe contarse con el solapamiento y las constantes remisiones entre convenios que tienen ámbitos de aplicación diversos; con las especialidades previstas para cada concreta materia; con las diferencias en cuanto a la *lex loci*; con el hecho de que no todos los Estados han ratificado todos los convenios; y, por supuesto, con las numerosas reservas que suelen acompañar a los convenios internacionales en materias tan sensibles como ésta.

Para tratar de paliar estas deficiencias se pueden introducir ciertas mejoras, en varias direcciones. Así, se puede prever un sistema de comunicación directa entre autoridades judiciales para remitir las solicitudes de asistencia y devolver el resultado de las actuaciones practicadas en el Estado requerido. Constituye también un avance que se potencie la regla *forum regit actum* a la hora de regular el cumplimiento de la solicitud de asistencia judicial, frente a la regla más tradicional de que *locus regit actum*: se trata de salvar con ello las incompatibilidades de sistema y la posible inutilidad de actuaciones llevadas a cabo en el Estado requerido siguiendo su Derecho interno.

Ahora bien, por muchas que puedan ser las mejoras, en última instancia los sistemas tradicionales de auxilio judicial dejan bien visible la existencia de fronteras jurídicas y, con ellas, la posibilidad de que sean aprovechadas por los delincuentes y por las organizaciones delictivas para sustraer su patrimonio a la persecución penal.

2.3.2. El principio del reconocimiento mutuo y su puesta en funcionamiento en la Unión Europea

Estando así las cosas, las instancias normativas europeas se han decantado no ya por tratar de seguir perfeccionando los sistemas de asistencia o auxilio judicial, sino por sustituirlos y servirse de una técnica nueva, fundada en el principio del reconocimiento mutuo, tal y como ha quedado progresivamente definido en los

Consejos Europeos de Cardiff (1998), Tampere (1999) y Laeken (2001). El reconocimiento mutuo se ha convertido así en el criterio exclusivo que está inspirando la acción normativa de las instituciones europeas en materia procesal (civil y penal) y se ha presentado por ellas como la solución a las dificultades de los instrumentos anteriores y como el elemento que provocará una mejora exponencial en el sistema.

La regulación de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo se funda en la existencia de una fuerte confianza recíproca entre los Estados implicados y parte de una premisa diferente a la tradicional: no se trata de que el Estado requirente solicite al Estado requerido que realice una actuación en apoyo de un proceso penal que está tramitando uno de sus órganos judiciales; de forma diversa, la autoridad judicial que está sustanciando un proceso penal en el Estado de origen dicta una resolución que será, por sí misma, directamente eficaz en los demás Estados de la Unión, de modo que su remisión por el tribunal emisor al tribunal del Estado requerido hará nacer en éste, como regla, el deber de darle cumplimiento automático. Las tornas, por tanto, se invierten: no se trata de que sea precisa la actuación del tribunal requerido para considerar vinculante la petición del tribunal requirente, sino que la resolución del tribunal requirente habrá de ser tratada por el tribunal requerido como si la hubiera dictado él mismo u otro tribunal de su mismo Estado, de modo que lo excepcional será la denegación del cumplimiento²³. A este esquema responden, en el concreto ámbito que ahora nos ocupa, la DMEP –y su desarrollo interno a través de la LERE–, así como la DMRD –desarrollada por la LERD–.

En el fondo, si los sistemas tradicionales de asistencia judicial internacional nos colocan ante una suerte de exequátur, los esquemas del reconocimiento mutuo buscan que la cooperación funcione más bien conforme a los parámetros de la asistencia judicial puramente interna: por eso, en vez de «tribunal requirente» y «tribunal requerido», se habla de «tribunal de emisión» y «tribunal de ejecución» para designar a los órganos judiciales implicados en la cooperación.

Legislar con apoyo en el principio del reconocimiento mutuo ofrece unas ventajas muy claras, cuando se trata de operar sobre un sector en el que las legislaciones y los sistemas internos de veintisiete Estados son diferentes. En efecto, el reconocimiento mutuo hace que no sea preciso armonizar los procesos penales de los Estados miembros, ni su normativa penal sustantiva: lo que interesa es la resolución judicial, no el modo en que ha llegado a dictarse. Por eso mismo, resulta una técnica legislativa con un coste muy reducido: basta con diseñar el instrumento normativo que consagre la forma de proceder al mutuo reconocimiento de resoluciones, sin tener que incidir en los ordenamientos internos; es más, para esto segundo harían falta no sólo negociaciones políticas extremadamente complejas, sino que también sería preciso habilitar a las instituciones europeas con unas competencias normativas que no tienen y que muy difícilmente podrían llegar a

²³ Acerca del principio del reconocimiento mutuo, en lengua española, cfr. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario*, vol. 10, 2001 julio-diciembre, págs. 405-438; MORÁN MARTÍNEZ, “Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, III-2003, págs. 475-505; BUJOSA VADELL, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea”, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional - Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII-2003, págs. 454 y sigs.; más recientemente, cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro* (coords. ARMENTA DEU, GASCÓN INCHAUSTI y CEDEÑO HERNÁN), Madrid, 2006, págs. 37-73 –con valiosas referencias a la doctrina alemana– y, del mismo autor, *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*, Madrid-Barcelona, 2006, *passim*.

cederles los Estados miembros. Desde este punto de vista, la opción por el reconocimiento mutuo evidencia un alto grado de realismo.

Por otra parte, el esquema del reconocimiento mutuo permite pensar que los resultados de cooperación judicial se obtendrán de forma más rápida: si la decisión la toma el tribunal de origen y directamente la ejecuta el tribunal requerido, se eliminan decisiones intermedias acerca de si se presta o no la colaboración, lo que reduce los tiempos de espera.

Hay que insistir precisamente en esta idea: allí donde hay reconocimiento mutuo no habrá homologación, es decir, no hará falta una resolución constitutiva expresa del tribunal requerido que conceda a la resolución de origen una eficacia que no tenía, pues esa eficacia ya la despliega por sí misma desde que se emite y se envía al tribunal del Estado donde debe llevarse a cabo su cumplimiento o ejecución.

Una característica adicional del funcionamiento del reconocimiento mutuo, estrechamente vinculada con lo expuesto hasta ahora, es la de que le está vedado al tribunal del Estado de ejecución cualquier control de fondo de la resolución dictada en el Estado de origen: en el Estado de ejecución, por tanto, no podrá analizarse la corrección jurídica de la resolución, ni la validez del procedimiento seguido para emitirla; sólo serán objeto de análisis las condiciones de las que depende el reconocimiento en cuanto tal, así como la concurrencia de eventuales óbices (nunca relacionados con el fondo), pero siempre dentro de los límites fijados por el concreto instrumento normativo que se ocupe de cada tipo de resolución.

En este sentido, debe señalarse también que, por el momento, no se ha propuesto una aplicación a ultranza del reconocimiento mutuo en sus términos más puros y estrictos, que son los explicados hasta ahora: no sería ni política ni jurídicamente viable una norma que directamente se limitara a señalar que cualquier resolución judicial dictada en cualquier proceso (penal, en lo que ahora interesa) por cualquier tribunal de un Estado de la Unión será automáticamente reconocida y ejecutada por todo tribunal de otro Estado europeo al que se le remita la resolución para su cumplimiento.

El reconocimiento mutuo funciona, sin duda, como un objetivo y sobre todo como un criterio inspirador de las normas, pero su puesta en práctica se está llevando de manera condicionada y sectorial. Además, todos los instrumentos normativos aprobados hasta la fecha en desarrollo del principio de mutuo reconocimiento, someten siempre su aplicación a la concurrencia de una serie de condiciones y requisitos previos, al tiempo que contemplan posibles causas de denegación a un reconocimiento que, en principio, ha de ser automático.

2.4. Un requisito previo: la armonización del concepto de decomiso

Con independencia de la técnica de cooperación que se utilice, pero como premisa para su puesta en marcha, resulta muy conveniente que se haya operado con carácter previo una labor de armonización normativa sobre el régimen jurídico interno del comiso. Esta armonización ha de centrarse en la definición de lo que se entiende por decomiso y, muy especialmente, en la determinación de los bienes a los que puede afectar válidamente y de las condiciones bajo las que procede decretar el decomiso. Si los ordenamientos de las autoridades llamadas a cooperar entre sí comparten una definición de decomiso y aceptan el decomiso de bienes en condiciones análogas, se habrá creado una suerte de «lenguaje común» entre autoridades, que es imprescindible para que la cooperación sea eficaz y el decomiso transfronterizo sea algo posible.

La incidencia de la normativa supranacional sobre los textos legales internos ha sido muy importante en este punto, pues ha extendido el elenco de los bienes y derechos susceptibles de decomiso y ha obligado a los Estados a realizar las correspondientes normas de adaptación. Se ha logrado así un alto grado de armonización –al menos en determinados ámbitos geográficos– acerca de lo que debe entenderse por decomiso y, sobre todo, en relación con los bienes y derechos que pueden verse afectados por esta medida. Esta tendencia a la homogeneidad en la determinación de los bienes decomisables constituye, de hecho, un requisito imprescindible para una eficaz cooperación internacional, pues se evita que concepciones nacionales diversas acerca de si un determinado tipo de bienes o derechos pueden ser o no decomisados constituyan óbices a la hora de prestar auxilio internacional: no cabrá denegar una actuación de auxilio judicial por considerar el Estado requerido que no son decomisables los bienes a los que afecta la cooperación solicitada por el Estado de origen.

En concreto, la acción normativa supranacional ha sido determinante para extender el ámbito del decomiso más allá de los bienes y derechos directamente vinculados con la infracción delictiva, en aras a potenciar su utilidad político-criminal. De este modo, diversas normas supranacionales establecen el deber para los Estados de prever el decomiso de determinados bienes y derechos; y, junto a ello, se establece también que el decomiso de esos bienes y derechos será factible no sólo en supuestos internos, sino también en supuestos de relevancia transnacional: de este modo, el decomiso de los bienes que encajen en estas categorías y que se encuentren en un Estado podrá ser adoptado o ejecutado también a instancia de una autoridad judicial extranjera.

Así, al margen de los instrumentos y efectos del delito, diversas normas de origen supranacional establecen la posibilidad de decomisar otros bienes relacionados con la actividad delictiva objeto de persecución a través del proceso penal y que pueden reconducirse, al menos, a alguna de las siguientes categorías – con la advertencia de que éstas pueden solaparse entre sí–:

a) El producto del delito, es decir, las ganancias derivadas del delito, representadas por los beneficios económicos derivados, directa o indirectamente, del delito [cfr. art. 1 DMD, art. 1.a) CCE/1990, art. 1.a) CCE/2005, art. 1.p) CNU/1988 y art. 2.e) CNU/2000]. La ganancia o el bien, según todos los textos mencionados, puede consistir en bienes de cualquier naturaleza, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como en documentos o instrumentos legales que demuestren algún título o participación en los bienes.

b) El llamado «decomiso de valor», previsto para los casos en que por algún motivo no sea posible el decomiso de los bienes directamente vinculados con el delito: se podrá entonces acordar el decomiso «por un valor equivalente» de otros bienes que pertenezcan al responsable penal [cfr. art. 5.1.a) CNU/1988; art. 12.1.a) CNU/2000; art. 2.1 CCE/1990; art. 3.1. CCE/2005; de hecho, el art. 3 DMD obliga a los Estados miembros a adoptar disposiciones que permitan el decomiso de valor, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro].

c) Los bienes en que se hayan transformado o convertido los bienes directamente vinculados con el hecho punible [cfr. art. 5.6.a) CNU/1988; art. 12.3 CNU/2000; art. 5.a) CCE/2005].

d) Decomiso en caso de «mezcla» en el origen de los bienes: en los casos en que el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas,

estos bienes podrán ser decomisados hasta el valor estimado del producto entremezclado [cfr. art. 5.6.b) CNU/1988; art. 12.4 CNU/2000; art. 5.b) CCE/2005].

e) Los ingresos o beneficios derivados del producto del delito, de los bienes en que se haya transformado el producto del delito o de los bienes con que se haya mezclado el producto del delito, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito [cfr. art. 5.6.c) CNU/1988; art. 12.5 CNU/2000; art. 5.c) CCE/2005].

f) Además, en el ámbito de la Unión Europea, hay que contar con la potestad de decomiso ampliada, regulada en el art. 3 DMD, que busca como objetivo hacer posible el decomiso de los bienes de las personas condenadas en los casos en que se puede dar por sentado su origen ilícito, pero no se puede vincular su adquisición – ni directa, ni a través de transformaciones– con los concretos hechos punibles que son objeto del proceso penal²⁴.

En concreto, y siempre dentro de un contexto de delincuencia organizada definido en el art. 3.1 DMD, el art. 3.2 DMD obliga a que los Estados incluyan en su legislación disposiciones que hagan posible el decomiso de bienes en tres situaciones:

— El tribunal, incluso sobre la base de indicios, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un periodo anterior a la condena, que el órgano jurisdiccional considere razonable: mientras quede claro que se trata de bienes que proceden de actividades delictivas de determinada índole cometidas por el condenado, no resulta necesario demostrar que derivan del concreto hecho punible enjuiciado.

— El tribunal, incluso sobre la base de indicios, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un periodo anterior a la condena, que el órgano jurisdiccional considere razonable: se asume aquí que los bienes proceden también de la actividad delictiva del condenado, pero no del mismo tipo de actividad delictiva objeto de enjuiciamiento, sino de actividades delictivas *similares*.

— Se tiene constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y el tribunal, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada: a través de él se incorpora la llamada «inversión de la carga de la prueba», derivada en este caso de la desproporción entre el patrimonio real y el patrimonio legal del condenado²⁵.

Como forma de dar cumplimiento formal a la exigencia de incorporar estas potestades de decomiso ampliado, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal pretende modificar el art. 127.1 CP, con la introducción de un segundo párrafo nuevo, que tendría el siguiente tenor literal:

«El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una

²⁴ Con mucho más detalle al respecto cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, cit., págs. 69-84.

²⁵ Cfr., de nuevo, GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, cit., págs. 84-99.

organización o grupo criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.»

Además de lo anterior, el 3.3 DMD contempla otra modalidad de decomiso ampliado cuya incorporación no tiene carácter obligatorio para los Estados, encaminada a hacer posible una extensión del decomiso sobre bienes de terceros: se trataría del decomiso «de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica».

El art. 3.2 LERD, en consonancia con el art. 2 DMRD, asume esta armonización de la noción de decomiso y se sirve de ella como punto de partida para la regulación que en ella se establece.

3. MECANISMOS TRADICIONALES PARA LA OBTENCIÓN DEL DECOMISO TRANSFRONTERIZO DE BIENES

Sentadas las premisas anteriores, debemos ya ocuparnos de los cauces para hacer posible el decomiso cuando los bienes decomisables se encuentran en un Estado distinto de aquél en que se desarrolla el proceso penal en que se puede acabar decretando el decomiso. A tal fin, lo relevante es que llegue a existir una resolución judicial que decrete el decomiso de los bienes y que esa resolución sea eficaz en el Estado en que se encuentran los bienes a los que afecta.

Nos encontramos en este sector con dos grandes bloques normativos: de un lado, los textos que se rigen por los mecanismos tradicionales de asistencia judicial internacional; de otro, las normas aprobadas en el contexto de la Unión Europea en consonancia con el principio del mutuo reconocimiento.

Centrándonos de momento en el primer sector, se aprecia cómo buena parte de los textos normativos supranacionales vigentes contemplan dos fórmulas diversas para alcanzar este fin: el tribunal de origen le puede solicitar al tribunal del lugar de ubicación que decrete él mismo el decomiso de los bienes y le dé cumplimiento; o también puede ser el tribunal de origen quien adopte el decomiso y seguidamente solicite al tribunal del lugar de ubicación que reconozca su resolución y le dé cumplimiento. En ambos casos el resultado es el mismo, aunque cambia el modo de conseguirlo, de forma análoga a lo visto respecto de las medidas de embargo preventivo de bienes.

La primera de las opciones, como se ha dicho, consiste en que el Estado requirente, a iniciativa de la autoridad judicial que esté conociendo del proceso penal, traslade una petición al Estado requerido, en la que solicita que se acuerde el decomiso de unos bienes determinados. El Estado requerido, recibida la solicitud, la trasladará a la autoridad judicial competente, quien habrá de desarrollar la actividad procesal necesaria para decidir si atiende o no a la petición del Estado requirente. En caso afirmativo, decretará el decomiso de bienes y lo ejecutará.

Se trata, pues, de una aplicación de los mecanismos tradicionales de asistencia judicial internacional, que está expresamente prevista en el art. 5.4.a) i) CNU/1988, en el art. 13.1.a) CNU/2000, en el art. 13.1.b) CCE/1990 y en el art. 23.1.b) CCE/2005 y que se ajusta a las reglas generales de cooperación establecidas en ellos.

Como alternativa, también se contempla la posibilidad de que la autoridad judicial del Estado requirente haya acordado ya el decomiso (en sentencia o en resolución autónoma, según su sistema procesal), de modo que el Estado requirente dirija al Estado requerido la solicitud de que dicha resolución sea ejecutada en su territorio, previa remisión a la autoridad judicial competente [cfr. art. 5.4.a) ii) CNU/1988, art. 13.1.b) CNU/2000, art. 13.1.a) CCE/1990 y art. 23.1.a) CCE/2005].

Esta segunda posibilidad encierra, de forma muy embrionaria, un esquema similar al del reconocimiento mutuo. Ahora bien, está aún lejos de ser un reconocimiento automático, ajustado al desarrollo normativo que las instituciones europeas han otorgado al principio del reconocimiento mutuo: en efecto, la eficacia de la resolución de origen que decreta el decomiso no es directa en el Estado de ejecución, ni se deriva de la mera remisión de la resolución en sí entre autoridades judiciales. Antes bien, se mantienen los esquemas típicos de la cooperación judicial internacional en que un Estado solicita el auxilio de otro, en el que existe un amplio catálogo de motivos que permiten denegar la asistencia pedida y que, en el caso que nos ocupa, nos enfrenta a algo análogo al exequátur de resoluciones en materia civil.

4. EL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES DE DECOMISO EN LA UNIÓN EUROPEA

Ahora bien, según se ha apuntado antes, la acción normativa de la Unión Europea también se ha proyectado sobre este sector, a través de la DMRD²⁶, desarrollada en España por la LERD: el objetivo es lograr que la eficacia transfronteriza de los decomisos definitivos se rija también por el principio del mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales, para simplificar los trámites y asegurar mayores niveles de eficacia.

4.1. Ámbito del sistema de reconocimiento mutuo

En cuanto a las coordenadas espaciales, el sistema de la DMRD y de la LERD resulta de aplicación cuando sean Estados miembros de la Unión Europea tanto el Estado en que se dictó la resolución de decomiso como aquél en que debe reconocerse y ejecutarse.

Por lo que se refiere a las coordenadas temporales, la disposición transitoria única de la LERD establece su aplicabilidad a las resoluciones que se transmitan o se reciban con posterioridad a su entrada en vigor, aunque hubieran sido dictadas con anterioridad.

En todo caso, este régimen es aplicable únicamente a las resoluciones de decomiso que tengan carácter firme y que se hayan adoptado por un órgano jurisdiccional a raíz de un proceso relacionado con una o varias infracciones penales

²⁶ Aunque el texto es del año 2006, su origen se halla en 2002, en la iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea (DOCE C 184, de 2 de agosto de 2002, págs. 8 y sigs.). En relación con las versiones más iniciales del texto, cfr. MORÁN MARTÍNEZ, "El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones Marco", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional* (dir. GALGO PECO), *Cuadernos de Derecho Judicial*. XIII-2003, págs. 412-416.

[arts. 1.1 y 2 c) DMRD, arts. 3.1 y 6.1 LERD]. La exigencia de firmeza de la resolución resulta lógica: no hay ejecución provisional transfronteriza del decomiso de bienes, del mismo modo que tampoco se ejecutan provisionalmente en un plano interno las resoluciones sancionadoras. En ausencia de firmeza de la resolución que decreta el decomiso, por tanto, sólo podrán solicitarse medidas cautelares, al amparo de la DMEP y de la LERE.

En cuanto a los bienes que pueden verse afectados por un decomiso transfronterizo en este contexto, el art. 2 d) DMRD y el art. 3 LERD se apoyan con eficacia en la previa armonización normativa que, al respecto, ya han llevado a cabo las autoridades europeas, especialmente a través de la DMD. Por eso, el deber de cooperar por medio del sistema del mutuo reconocimiento se proyecta sobre bienes de diversa índole:

- 1) Los bienes que constituyen los instrumentos del delito.
- 2) Los bienes que constituyen el producto del delito.
- 3) Los bienes sobre los que se proyecte un decomiso de valor, cuando éste resulte procedente.
- 4) Los bienes que se hayan decomisado en el Estado de origen al amparo de una de las potestades de decomiso ampliado previstas en los apdos. 1 y 2 del art. 3 DMD –es decir, las potestades de decomiso ampliado que son de obligatoria incorporación a las legislaciones internas–.
- 5) Incluso los bienes decomisados en el Estado de origen al amparo de otras potestades de decomiso ampliadas –como las mencionadas en el art. 3.3 DMD–.

En este caso, sin embargo, no existe una armonización de las legislaciones sustantivas de los Estados miembros. Por este motivo, el art. 7.5 DMRD permite a los Estados miembros, mediante declaración depositada en la Secretaría General del Consejo, decidir que sus tribunales no reconocerán ni ejecutarán las resoluciones de decomiso dictadas en estos supuestos. Esta circunstancia, cuando concurra, será un motivo adicional de denegación del reconocimiento y la ejecución [cfr. art. 8.2 g) DMRD].

Por otra parte, el sistema de reconocimiento mutuo resultará en principio de aplicación cualquiera que sea el delito al que esté asociado el decomiso. Ahora bien, si se trata de un delito castigado en el Estado de emisión con pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años y, además, el delito es susceptible de encaje dentro de ciertas categorías²⁷, entonces el reconocimiento y la ejecución de la resolución acordando el decomiso no podrán quedar sujetos a un control de doble tipificación (arts. 6.1 DMRD y 14 LERD). Por el contrario, si no se dan las condiciones anteriores, el régimen de reconocimiento mutuo queda

²⁷ Los tipos de infracción a que se refieren la DMRD y la LERD son los siguientes: 1) pertenencia a una organización delictiva; 2) terrorismo; 3) trata de seres humanos; 4) explotación sexual de menores y pornografía infantil; 5) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 6) tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; 7) corrupción; 8) fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; 9) blanqueo del producto del delito; 10) falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; 11) delitos de alta tecnología, en particular, el delito informático; 12) delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; 13) ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; 14) homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; 15) tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; 16) secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; 17) racismo y xenofobia; 18) robos organizados o a mano armada; 19) tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; 20) estafa; 21) chantaje y extorsión de fondos; 22) violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; 23) falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; 24) falsificación de medios de pago; 25) tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; 26) tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; 27) tráfico de vehículos robados; 28) violación; 29) incendio voluntario; 30) delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; 31) secuestro de aeronaves y buques; 32) sabotaje.

supeditado en el Estado de ejecución a la exigencia de que también con arreglo a su ordenamiento el hecho esté tipificado como delito²⁸ [arts. 6.3 y 8.2.b) DMRD, art. 14.2 LERD, aunque con límites en materia de infracciones tributarias y de control de cambios].

4.2. Actividad procesal en el Estado de emisión

Dado que la DMRD pretende instaurar un sistema de reconocimiento mutuo, se hace preciso distinguir qué actividades han de llevarse a cabo en el Estado de emisión y cuáles en el Estado de ejecución.

Empezando por lo primero, debe definirse antes que nada cuál será el tribunal competente para poner en funcionamiento el sistema, esto es, para acordar la remisión de la resolución de decomiso a otro Estado a los efectos de su reconocimiento y ejecución: según el art. 4.1 LERD, corresponde al juez o tribunal penal competente para la ejecución en España de la resolución de decomiso firme, es decir, al tribunal sentenciador (cfr. arts. 794, 985 y 986 LECrim); no tiene, pues, por qué coincidir necesariamente con el tribunal que decretó el decomiso definitivo – v.g., cuando lo hizo la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver en sentido estimatorio un recurso de casación interpuesto frente a una sentencia absolutoria—. Se trata, en todo caso, de un criterio de competencia razonable, pues en estos casos la actividad de ejecución de la sentencia que contiene el decomiso se ciñe, en España, a la remisión de aquélla para su cumplimiento en otro Estado de la Unión Europea.

El tribunal competente del Estado de emisión habrá de adoptar formalmente la decisión de remitir la resolución de decomiso a otro Estado para su reconocimiento y ejecución, al tiempo que habrá de cumplimentar un certificado para «homologar» o «normalizar» el contenido de su resolución de decomiso –certificado que figura como anexo de la propia LERD—. Aunque sobre este extremo la DMRD y la LERD guardan silencio, parece lógico entender que será una actividad que el tribunal habrá de llevar a cabo en ejecución de sentencia, bien de oficio, bien a instancia de alguna de las partes que hubieran ejercitado la acusación. Además, aunque el decomiso tenga naturaleza sancionadora, no puede olvidarse su carácter patrimonial: por ello, parece oportuno aplicar por analogía las reglas que inspiran la ejecución dineraria en cuanto a que ésta se despacha *inaudita parte debitoris*, para evitar que una previa información pueda permitir al sujeto afectado realizar actos que impidan *de iure* o *de facto* la ejecución en el extranjero; así pues, el tribunal de emisión acordará la remisión de la decisión de decomiso a otro Estado –y la materializará– sin contradicción del sujeto afectado. La notificación de la resolución al interesado, por tanto, habrá de hacerse una vez se haya remitido al extranjero y sería igualmente razonable que se demorase hasta que el tribunal de la ejecución hubiera comunicado al tribunal de emisión el curso dado a las actuaciones: sólo entonces procedería someterla al régimen de recursos procedente en función del órgano judicial que la haya dictado.

El certificado, junto con la propia resolución de decomiso (o una copia certificada) será remitido al tribunal del Estado de ejecución que sea competente para su reconocimiento y ejecución (arts. 4.2 DMRD y 7.2 LERD). Se contemplan dos posibilidades para la determinación del Estado al que ha de remitirse la resolución y el certificado, en función de que el objeto del decomiso sea una cantidad de dinero o sean bienes concretos:

²⁸ Se trata de una opción valorada de forma positiva por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de la LERD (pág. 11).

— Tratándose de dinero, la resolución se remitirá para su reconocimiento y ejecución al tribunal competente del Estado en que el tribunal de emisión tenga motivos fundados para creer que la persona física o jurídica contra la que se ha dictado la resolución de decomiso tiene bienes o ingresos (art. 4.1 I DMRD, art. 6.1 I LERD).

— Si la resolución de decomiso se refiere a bienes concretos, entonces la remisión habrá de hacerse al tribunal competente del Estado en que existan motivos fundados para creer que se encuentren los bienes en cuestión (art. 4.1 II DMRD, art. 6.1 I LERD).

— En ambos supuestos, si no existen motivos fundados que conduzcan a un Estado determinado, la resolución podrá remitirse a los tribunales del Estado donde la persona física o jurídica contra la que se ha dictado la resolución de decomiso tenga su residencia habitual o su domicilio social, respectivamente (art. 4.1 III DMRD, art. 6.3 LERD).

La transmisión de la resolución y del certificado se hará, en todo caso, de manera directa entre las autoridades judiciales involucradas, sin mediación de autoridades centrales²⁹. Además, y dado que la remisión ha de producirse directamente, de tribunal a tribunal, en caso de ser necesario, se acudirá a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea para determinar el concreto tribunal del Estado de ejecución competente; y si la resolución de decomiso es recibida en el Estado de ejecución por un tribunal incompetente, éste la transmitirá inmediatamente de oficio a quien sea competente (arts. 4.4 y 4.5 DMRD, art. 15.2 LERD).

El art. 7.2 LERD establece que la remisión podrá hacerse por correo certificado, fax o medios informáticos o telemáticos que permitan acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente. En cuanto al idioma, el art. 7.3 LERD exige que el certificado se traduzca —antes de enviarlo, se entiende— a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado.

Por otra parte, la regla general es la de que una resolución de decomiso sólo podrá transmitirse a un solo Estado de ejecución al mismo tiempo (art. 5.1 DMRD, arg. ex arts. 8.1 y 8.2 LERD). Esta previsión, de entrada, no excluye transmisiones sucesivas, si se constata el fracaso de la ejecución en un Estado ante, v.g., la ausencia en él de los bienes afectados por el decomiso, o la inexistencia de bienes sobre los que proyectar un decomiso de dinero o de valor (art. 8.3 LERD). Además, en ciertos supuestos, puede resultar lógico que se permita una transmisión simultánea, en caso de que sea precisa para la plena efectividad de la resolución.

Por eso, cuando se trata de un decomiso sobre bienes concretos, el art. 5.2 DMRD y el art. 8.1 LERD admiten la transmisión simultánea a varios Estados en tres supuestos: 1) cuando los diversos bienes, aparentemente, se encuentren en Estados diversos; 2) cuando la información de que disponga el tribunal de emisión le lleve a creer que los bienes se encuentran en uno de los varios Estados a los que se remite la resolución (pero sin poder afirmar con precisión o seguridad en cuál); y 3) cuando el decomiso en cuestión requiera, por algún otro motivo, la intervención en más de un Estado.

²⁹ No obstante, el art. 3.2 DMRD sí que da cabida a que los Estados designen autoridades centrales y se sirvan de ellas para la transmisión y la recepción administrativas de las resoluciones de decomiso y para asistir a las autoridades competentes, «si ello resulta necesario como consecuencia de la organización de su sistema interno»: a la luz de lo establecido en el art. 4.2 DMEP, cabe pensar que este precepto está concebido sobre todo teniendo en cuenta al Reino Unido y a Irlanda.

Igualmente, también será posible la transmisión simultánea a varios Estados de la misma resolución que acuerde el decomiso de cantidades de dinero: así, cuando el patrimonio necesario para alcanzar la cifra objeto de decomiso se encuentre en varios Estados; o cuando no se hayan adoptado medidas cautelares en ningún Estado –y se dé, por ello, un peligro de alzamiento de bienes– (arts. 5.3 DMRD y 8.2 LERD).

4.3. Actividad procesal en el Estado de ejecución

4.3.1. Tribunal competente y procedimiento para acordar el reconocimiento y la ejecución

Una vez recibida la resolución de decomiso en el Estado de ejecución por el tribunal competente, éste deberá acordar su reconocimiento inmediato y tomar las medidas oportunas para su ejecución, a no ser que concurra algún motivo de denegación o suspensión (art. 7.1 DMRD). En nuestro país, la condición de tribunal de ejecución corresponderá en todo caso a los Jueces de lo Penal³⁰; la competencia territorial vendrá determinada por el lugar de ubicación de los bienes objeto de la resolución de decomiso (y si esa ubicación no se expresa en la resolución, entonces provisionalmente corresponderá al Juez de lo Penal del lugar de residencia del condenado, en tanto no se localicen los bienes en otro lugar distinto) (art. 4.2 LERD).

Es posible que, dentro ya del territorio español, los bienes decomisables se encuentren repartidos entre las demarcaciones de diversos Juzgados de lo Penal. La LERD no dice nada al respecto, pero no parece razonable que el tribunal extranjero de emisión deba remitir su resolución de decomiso a cada uno de ellos. Lo preferible sería que, con apoyo en el punto de contacto español de la Red Judicial Europea, la resolución se remita a un único Juzgado de lo Penal y que ya éste, para la ejecución del decomiso, recabe el auxilio judicial interno de los demás tribunales.

Aunque la DMRD establece en su art. 7.1 que «las autoridades competentes del Estado de ejecución reconocerán *sin más trámite* toda resolución de decomiso», lo cierto es que el tribunal de la ejecución debe adoptar una resolución en la que acuerde formalmente ese reconocimiento y ordene dar ejecución a la resolución extranjera de decomiso; y esto, se quiera o no, exige un mínimo desarrollo procedimental, aunque sea el imprescindible para que el tribunal verifique la concurrencia de las condiciones a las que se supedita el deber de mutuo reconocimiento. La expresión «sin más trámite», por tanto, parece hacer referencia más bien al dato de que ese procedimiento no será contradictorio, esto es, que el tribunal habrá de adoptar su decisión a la sola vista de la solicitud y, a lo sumo, previo informe del Ministerio Fiscal.

De hecho, el art. 15.1 II LERD establece que el Juez de lo Penal habrá de acordar el despacho de ejecución de la resolución de decomiso previo informe del Fiscal emitido en el plazo de siete días y en un plazo máximo de quince días desde la recepción.

Eso sí, la LERD condiciona el respeto de estos plazos a que la resolución haya sido «debidamente transmitida». En relación con esto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

³⁰ El Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LERD lo valora de forma positiva: “La opción por los Jueces de lo Penal como órganos de ejecución se acomoda al ámbito propio de sus atribuciones conforme a lo dispuesto en el artículo 87 bis de la LOPJ” (pág. 14).

— El art. 15.1 III exige que el certificado que acompañe a la resolución de decomiso venga traducido al español: si no es así, se devolverá inmediatamente a la autoridad judicial firmante para que lleve a cabo la traducción correspondiente.

— El art. 15.1 IV admite que las resoluciones de decomiso se remitan mediante correo certificado, fax o medios informáticos o telemáticos que permitan acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente.

Que el reconocimiento deba acordarse *inaudita parte* tiene incidencia sobre el modo en que han de operar las causas de denegación o de suspensión del reconocimiento: aunque el art. 7.1 DMRD y el art. 15.1 I LERD señalan que el tribunal puede acogerse a alguna de ellas y, en consecuencia, no conceder el reconocimiento y la ejecución, lo cierto es que esta posibilidad quedará en la práctica circunscrita a aquéllas cuya concurrencia se advierta por el Juez de lo Penal o por el Ministerio Fiscal a partir de los datos obrantes en la solicitud. Por eso mismo, ha de ser posible que, una vez acordado el reconocimiento e iniciada la ejecución, los sujetos afectados por el decomiso puedan hacer valer los motivos de denegación que a su juicio concurran, por medio de los recursos oportunos (art. 9.1 DMRD y, sobre todo, art. 23.1 LERD), que han de servir de cauce para la alegación de las causas de denegación –pero no para oponerse por motivos de fondo a la adopción en sí del decomiso en el Estado de emisión (arts. 9.2 DMRD y 23.4 LERD)–.

Debe ponerse de manifiesto, por otra parte, la relevancia que la LERD ha querido atribuir a la actuación del Ministerio Fiscal cuando nuestros tribunales desempeñan el papel de autoridades de ejecución³¹: se ha visto ya que el tribunal ha de recabar su previo informe antes de decidir acerca del reconocimiento y la ejecución de la resolución de decomiso (art. 15.1 LERD); pero, además, y de forma más general, es preciso comunicarle también toda decisión que se tome en relación con la concesión, la denegación, la suspensión o la imposibilidad de la ejecución de la resolución de decomiso –es decir, deben comunicársele los mismos extremos que a la autoridad judicial de emisión– (art. 22 LERD).

4.3.2. La ejecución del decomiso

Una vez reconocida la resolución extranjera de decomiso, el tribunal deberá proceder a realizar las actuaciones propias de confiscación de los bienes afectados por la medida: se trata de proceder a la búsqueda del bien y a la toma de su posesión, que estará amparada por el cambio de titularidad contenido en la resolución de decomiso. En caso de que ya se hubiera procedido con anterioridad al embargo preventivo de los bienes, entonces el reconocimiento de la resolución de decomiso cambiará directamente el título bajo el que se custodian los bienes, de manera que quedarán abiertas las puertas a darles a los bienes el destino previsto (cfr. art. 15.1 II *i.f.* LERD).

Los actos propios de la ejecución del decomiso se regirán por la ley del Estado de ejecución; la ejecución, por ello, se llevará a cabo del mismo modo que si el decomiso se hubiera impuesto por un tribunal español (arts. 12.1 DMRD y 18.1 LERD), aunque se han establecido ciertas especialidades. Así:

— El decomiso de un bien concreto se puede convertir en el decomiso de su valor, de manera que adopte la forma de la obligación de pago de una cantidad de dinero. La DMRD señala que será preciso, a tal fin, que lo acuerden el tribunal de

³¹ Se trata de una previsión derivada, en buena medida, de la recomendación que en este sentido hizo el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la LERD (pág. 15).

emisión y el de ejecución y que la legislación de ambos Estados lo permita (art. 7.2 DMRD). No obstante, el art. 16.1 LERD atribuye a los Jueces de lo Penal españoles la facultad de acordar esa conversión sin necesidad de que concurra ningún otro requisito; paradójicamente, el art. 10 LERD, cuando España es Estado de emisión, sí que prevé que los tribunales españoles soliciten a la autoridad de ejecución que el decomiso adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente al valor del bien de que se trate.

— El decomiso de una cantidad de dinero, en caso de impago, se puede hacer efectivo a través de una ejecución dineraria (arts. 7.3 DMRD y 16.2 LERD).

— Para ejecutar el decomiso de una cantidad de dinero, puede ser preciso realizar la conversión a la moneda nacional del Estado de ejecución (cuando sea diferente a la del Estado de origen); en tal caso, se aplicará el tipo de cambio vigente en el momento en que se dictó la resolución de decomiso (arts. 7.4 DMRD y 16.3 LERD).

— La DMRD añade otra previsión: en el Estado de ejecución no se podrán imponer, como opción alternativa o sustitutoria en caso de imposibilidad de ejecutar el decomiso, medidas privativas o limitativas de la libertad, aunque las prevea su legislación, a menos que el Estado de emisión haya dado su consentimiento (art. 12.4 DMRD). Esta norma ha sido recogida de forma más genérica por el art. 18.3 LERD: si resulta imposible la ejecución del decomiso, se informará a la autoridad de emisión, pero no se podrán ejecutar medidas alternativas no previstas en el Derecho español —entre las cuales, por supuesto, se encontrarían las privaciones o limitaciones de libertad—; por eso mismo, cabe suponer que en supuestos inversos, cuando resulte imposible la ejecución en el extranjero de un decomiso ordenado en España, el tribunal español debería negar su consentimiento para una conversión de este tipo, en caso de que se le solicitara en virtud de la norma correspondiente dictada en el foro en desarrollo del art. 12.4 DMRD.

Por otra parte, es también posible que, con carácter previo a la ejecución de la resolución de decomiso, en el Estado de ejecución se hayan adoptado medidas cautelares al amparo de la DMEP y de la LERE: en este caso, las actuaciones llevadas a cabo a título cautelar se convertirán, según su naturaleza, en definitivas (art. 15.1 II LERD)³².

En cualquier caso, una vez finalizada la ejecución de la resolución de decomiso, el Juez de lo Penal informará de ello al tribunal de emisión, por cualquier medio que deje constancia escrita (art. 16.4 LERD).

Es también posible que en el Estado de ejecución se reciban varias resoluciones de decomiso procedentes de otro/s Estado/s de la Unión Europea, de modo que exista colisión entre ellas. Esto es lo que sucede si se reciben dos o más resoluciones de decomiso que se refieran a un mismo bien concreto y también cuando se trate de resoluciones de decomiso de cantidades de dinero dirigidas frente a la misma persona, en los casos en que carezca de patrimonio suficiente en el Estado de ejecución para hacer frente a ambas. En tal situación, el art. 11 DMRD no opta por soluciones de carácter análogo a las concursales, sino que se decanta por que sea el Estado de ejecución quien decida, con arreglo a su Derecho, cuál o cuáles de las resoluciones han de ejecutarse —en detrimento de las demás—, tras considerar

³² Para los supuestos inversos, en que un tribunal español es un tribunal de emisión y se solicitó con anterioridad por un Juez de Instrucción una medida cautelar en otro Estado, el art. 6.1 II LERD señala que el Juez de lo Penal recabará los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación.

debidamente todas las circunstancias, y en especial si hubo un embargo preventivo en aseguramiento de alguna, la gravedad relativa y el lugar de la infracción a la que se asocia el decomiso, así como criterios temporales –las fechas de las resoluciones y las fechas de su transmisión–. El art. 17.1 LERD matiza la previsión de la DMRD, para establecer una cierta preferencia entre los criterios: señala que para decidir cuál o cuáles de las resoluciones de decomiso se ejecutarán el Juez de lo Penal tendrá en cuenta «principalmente y por este orden» la existencia de un embargo preventivo –en el sentido de la LERE, de modo que se trata realmente de una incautación–, la gravedad relativa y el lugar de la infracción, las fechas de las resoluciones respectivas y las fechas de su transmisión.

Cabe entender así que, si ya un tribunal español decretó una incautación de bienes al amparo de la DMEP y de la LERE, será preferente la ejecución del decomiso que sea correlativo a aquélla. La gravedad relativa de la infracción tampoco resulta difícil de aplicar: debe prevalecer la ejecución del decomiso que vaya asociado al delito más grave. Lo mismo sucede con los criterios temporales: cabe asumir que la preferencia corresponde al decomiso más antiguo o, en igualdad o similitud de antigüedades, a aquél cuyo reconocimiento y ejecución se hubiera solicitado antes –a modo de «premio» por la diligencia–. Lo que resulta más difícil de averiguar es el juego que puede tener el lugar de la infracción como criterio para la atribución de preferencia, pues en el contexto europeo parece inaceptable dar mayor o menor peso a una resolución en función de lo lejos o lo cerca que esté de nuestro país el tribunal que la ha dictado.

En cualquier caso, una vez iniciada la ejecución, el tribunal habrá de realizar todas las actuaciones precisas hasta que ésta termine. La DMRD, sin embargo, es consciente de la posibilidad de que la resolución de decomiso pierda su eficacia en el Estado de emisión o, cuando menos, quede privada de su fuerza ejecutiva (v.g., por la interposición de un recurso o de un medio extraordinario de impugnación): cuando esto suceda, el tribunal de emisión tiene el deber de informar de inmediato al tribunal de ejecución, para que éste ponga fin a la ejecución (art. 15 DMRD); además, puede ser preciso en algunos casos proceder a las actuaciones necesarias para devolver la situación al estado anterior al inicio de la actividad ejecutiva o para resarcir al sujeto pasivo del decomiso (arg. ex art. 18.1 DMRD).

La LERD ha dado cumplimiento a esta previsión tomando como hipótesis que España es el Estado de emisión: por eso, su art. 11 obliga a la autoridad española a informar de inmediato a la autoridad de ejecución de toda decisión o medida que tenga por efecto anular el carácter ejecutorio de la sentencia o retirar la resolución del Estado de ejecución por cualquier otro motivo; y, de forma en parte redundante, el art. 13.2 LERD también señala que la estimación de un recurso que afecte a la resolución de decomiso debe ser comunicada inmediatamente al Estado de ejecución.

4.4. Denegación del reconocimiento y la ejecución

4.4.1. Motivos de denegación

El reconocimiento automático y la ejecución de la resolución de decomiso pueden verse denegados si el tribunal del Estado de ejecución aprecia la concurrencia de ciertos motivos. En este punto, la DMRD se limita a ofrecer un listado con los posibles motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución, de modo que será cada legislador nacional, al incorporarla a su ordenamiento, quien habrá de decidir cuáles incluye y, por tanto, a cuáles otorgará en su Estado naturaleza de causas de denegación.

En concreto, la DMRD establece en su art. 8 los siguientes motivos: 1) la ausencia del certificado, su carácter incompleto o su falta de correspondencia con la resolución; 2) que la ejecución de la resolución de decomiso resulte contraria al principio de *ne bis in idem*; 3) la ausencia de doble incriminación; 4) la existencia en el Estado de ejecución de algún tipo de inmunidad o privilegio que impida la ejecución de la resolución de decomiso; 5) la existencia de derechos que impidan la ejecución; 6) la ausencia de la persona afectada por el decomiso en el proceso judicial en el que se dictó la resolución de decomiso; 7) la infracción en el Estado de emisión de ciertos criterios de competencia, a la luz de la legislación del Estado de ejecución; 8) resoluciones dictadas al amparo de una potestad de decomiso ampliada no obligatoria según la DMD; 9) la prescripción de la ejecución de la resolución de decomiso.

El legislador español, en este punto, ha optado por acoger como motivos de denegación todos los previstos por la DMRD, aunque ha introducido matices –en ocasiones alteraciones– en su formulación. En concreto, la denegación del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones de decomiso habrá de acordarse en los siguientes supuestos:

1º. Cosa juzgada y *ne bis in idem*

El art. 8.2 a) DMRD establece como motivo de denegación que la ejecución de la resolución de decomiso resulte contraria al principio de *ne bis in idem*. El legislador español, sin embargo, ha optado por formularlo de manera más prolija en el art. 19.1 a) LERD: «Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in idem en los términos previstos en las leyes y en los convenios o tratados internacionales ratificados por España, y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado»³³.

La determinación del alcance del principio *ne bis in idem* en el marco de las resoluciones que acuerdan el decomiso puede suscitar algunas dificultades, de cierta relevancia.

En términos generales, parece razonable entender que operará esta causa de denegación cuando el proceso penal en el que se decretó el decomiso en el extranjero se hubiera desarrollado –y hubiera concluido– en infracción de la prohibición de doble enjuiciamiento: no habrá reconocimiento, por tanto, cuando el decomiso se haya acordado en el marco de un «segundo proceso» cubierto por la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada de la resolución que puso término a un «primer proceso» que tuviera el mismo objeto. Así lo señala con claridad la adaptación hecha por la LERD.

Los problemas prácticos, sin embargo, pueden tener un doble origen: de un lado, en la determinación de cuándo se está ante el mismo objeto; de otro, en el hecho de que el pronunciamiento sobre el decomiso puede –y suele– ser un

³³ Cfr. AGUILERA MORALES, “El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”, Revista Española de Derecho Europeo, nº. 20, 2006, págs. 479-531; DE LA OLIVA SANTOS, “La regla *non bis in idem* en el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008, págs. 167-185; CEDEÑO HERNÁN Y AGUILERA MORALES, “El «principio» *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., págs. 187-241. En relación con su recepción en la LERD, cfr. también las observaciones que se contienen en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LERD (págs. 11-14).

pronunciamiento accesorio de la sentencia penal que enjuicia a título principal un hecho punible.

Por lo que se refiere a lo primero, no siempre resulta sencillo determinar cuál es en concreto el objeto de un proceso penal en los casos en que se enjuician conductas que se encuadran en un contexto de delincuencia organizada: así, resultará muy difícil saber *a priori* si los objetos procesales son los mismos cuando, *v.g.*, en el primer proceso se han enjuiciado de forma muy genérica o global los hechos cometidos por determinados sujetos en el seno de una organización delictiva y en el segundo, en cambio, se han enjuiciado conductas más concretas y específicas, pero cometidas también por esos sujetos como parte de las actividades delictivas de la misma organización criminal.

Por otra parte, también puede ser fuente de problemas el carácter accesorio del pronunciamiento sobre decomiso. No cabe duda de que si en el primer proceso se enjuició el hecho punible X y el tribunal se pronunció acerca del decomiso de los bienes vinculados con el hecho punible X –tanto si se decretó, como si se rechazó, total o parcialmente ese decomiso–, habrá que denegar el reconocimiento de la resolución de decomiso dictada en un segundo proceso que haya tenido por objeto el mismo hecho punible X. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la influencia de dos variables sobre este esquema: de un lado, que algunos ordenamientos admiten el desarrollo de procesos autónomos para decretar el decomiso; de otro, que la introducción de las potestades de decomiso ampliado permite decretar el decomiso de bienes vinculados con delitos distintos de aquéllos que han sido objeto de enjuiciamiento, siempre que unos y otros [los delitos] formen parte del mismo contexto de delincuencia organizada. Las posibilidades que se abren, por tanto, son al menos las siguientes:

— En el primer proceso se ha enjuiciado el hecho punible X y se ha resuelto acerca del decomiso de los bienes vinculados con ese hecho. Pienso que habrá entonces infracción del *ne bis in idem* si en el segundo proceso se emite una resolución de decomiso en relación con ciertos bienes por su vinculación con el hecho punible X, aunque el hecho punible X no se haya enjuiciado en el segundo proceso. Y esto podrá suceder en dos supuestos: i) si el segundo proceso es un proceso autónomo de decomiso, en el que no se enjuician a título principal responsabilidades penales por la comisión de delitos; ii) si el segundo proceso es un proceso penal que tiene por objeto el hecho punible Z, pero en él se decreta el decomiso de bienes relacionados con el hecho punible X al amparo de una potestad de decomiso ampliada, pues X y Z forman parte de un mismo contexto de delincuencia organizada.

— En el primer proceso se ha enjuiciado el hecho punible X, pero no ha habido pronunciamiento alguno acerca del decomiso de los bienes vinculados con ese hecho. En tal caso, se entenderá infringido el principio *ne bis in idem* si el segundo proceso vuelve a tener por objeto el hecho punible X y en él además hay un pronunciamiento sobre el decomiso: aunque en relación con el decomiso no haya propiamente *bis in idem*, lo cierto es que si no se apreciara este motivo de denegación se estaría otorgando efectos jurídicos a un proceso que nunca debió tramitarse. Por el contrario, no cabría apreciar infracción del *ne bis in idem* –y no podría, por ende, rechazarse el reconocimiento a una resolución de decomiso– cuando en el segundo proceso no se ha enjuiciado a título principal el hecho punible X, pero sí que se ha decretado el decomiso de ciertos bienes por su vinculación con el hecho punible X; y a este resultado se puede llegar, de un lado, si el segundo proceso es un proceso autónomo de decomiso y, de otro, si el segundo proceso tiene por objeto el hecho punible Z pero en él se decreta el decomiso de bienes vinculados

con el hecho punible X en virtud de una potestad de decomiso ampliada. Estas dos últimas posibilidades, sin embargo, tienen también un límite: que en el primer proceso no se haya declarado la inexistencia del hecho punible X o su carácter atípico, pues en tal caso sí que se estaría infringiendo la fuerza de cosa juzgada de ese pronunciamiento.

Aunque el art. 19.1 a) LERD no es nada preciso ni detallado, creo que también proscribe los resultados descritos en los párrafos anteriores.

En cualquiera de los casos, el motivo de denegación del reconocimiento presupone que la resolución de decomiso recaída en el segundo proceso se ha dictado en el Estado de emisión; sin embargo, no será imprescindible que la resolución que puso fin al primer proceso se haya dictado en el Estado de ejecución, sino que basta que sea eficaz en él cuando se recibe la resolución de decomiso para su reconocimiento y ejecución. Para verificar cuándo se produce esa extensión transfronteriza de los efectos de la resolución que pone fin al primer proceso habrá que estar a lo dispuesto, al menos por el momento, en los arts. 54 a 58 CAAS.

Por otra parte, la utilización del término «cosa juzgada», aunque parece más acorde con nuestra terminología, plantea el problema de que deja sin cobertura los casos en que el *ne bis in idem* se infringe cuando el primer proceso aún está en desarrollo y no se ha dictado en él resolución firme poniéndole fin: en estos casos de concurrencia simultánea de procesos sí que puede ser razonable la denegación –a no ser que con ocasión de la transmisión de la resolución de decomiso se ponga de manifiesto que debe ponerse fin al proceso que esté pendiente en el Estado de ejecución–, pero una interpretación restrictiva del precepto podría impedirla. Debe propugnarse, por ello, una interpretación de la expresión «cosa juzgada» que sea conforme con la DMRD y que, en consecuencia, permita su apreciación también en los casos en que la infracción del principio *ne bis in idem* la provoca la litispendencia³⁴.

2º. La ausencia de doble incriminación

El art. 8.2 b) DMRD también permite que las legislaciones internas contemplen la denegación del reconocimiento cuando el delito asociado al decomiso no cumpla con las condiciones establecidas en el art. 6.1 DMRD y, al amparo del art. 6.3, se haya exigido que el hecho punible al que se asocia el decomiso en el Estado de emisión sea un acto que constituya una infracción que permita el decomiso de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución.

El art. 19.1 b) LERD se adecua a lo anterior prever la denegación «cuando se trate de una resolución de decomiso impuesta por una infracción distinta de las reguladas en el apartado 1 del artículo 14 y ésta no se encuentre tipificada en el Derecho español».

El precepto, a renglón seguido, establece ciertas limitaciones cuando se trate de delitos tributarios y de control de cambios, pues respecto de ellos no podrá aducirse que la legislación del Estado de ejecución no impone el mismo tributo o no contiene la misma regulación tributaria y de control de cambios que la existente en el Estado de emisión.

³⁴ Recuérdese, en este sentido, que el TJCE ha consagrado en el «asunto Pupino» la necesidad de que la legislación interna se interprete con arreglo a las Decisiones marco que a través de ella se incorporan a un ordenamiento nacional: cfr. STJCE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, en la que se declaró expresamente que «el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco» (el caso se suscitó en relación con la Decisión Marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal).

3º. La existencia en el Estado de ejecución de algún tipo de inmunidad que impida la ejecución de la resolución de decomiso

El art. 8.2 c) DMRD se refiere a la existencia, en virtud de la legislación del Estado de ejecución, de inmunidad o privilegio que impediría la ejecución de una resolución de decomiso nacional sobre los bienes en cuestión.

El alcance de esta disposición no resulta claro y, de hecho, nuestro legislador lo ha traspuesto de forma a la vez parcial y genérica en el art. 19.1 c) LERD: «cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución»; con exclusión, pues, del privilegio, y sin alusión a la legislación aplicable –aunque es indudable que será la del Estado de ejecución–. En términos generales, cabe pensar en dos posibilidades:

— La inmunidad tiene su origen en la naturaleza de los bienes: puede suceder así que los bienes a los que se refiera el decomiso gocen de un *status* especial según la legislación del Estado de ejecución, que impida su decomiso (v.g., se trata de bienes vinculados a fines públicos, que se encuentran amparados por alguna norma *ad hoc*).

— La inmunidad beneficia al sujeto afectado por el decomiso y se proyecta sobre sus bienes: el ejemplo más claro es el que se produce cuando el sujeto pasivo de la resolución de decomiso es agente diplomático en el Estado de ejecución y los bienes a los que se refiere la resolución se encuentran dentro del ámbito de aplicación de los arts. 30 y 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

4º. La existencia de derechos que impidan la ejecución

El art. 8.2 d) DMRD da cabida como causa de denegación al hecho de que, con arreglo al ordenamiento del Estado de ejecución, ésta se vea impedida por los derechos de las partes interesadas, incluidos los terceros de buena fe; el art. 18.1 d) LERD lo adapta de forma fidedigna.

El supuesto más sencillo es el que se produce cuando se pretende la ejecución del decomiso de un bien concreto que ha sido transmitido de forma irrevindicable a un tercero de buena fe. La apreciación de este motivo, sin embargo, debería obligar al tribunal de ejecución a determinar hasta qué punto la existencia de estos posibles derechos ha sido tenida o no en cuenta por el tribunal de emisión al decretar el decomiso, pues el tribunal de ejecución no puede efectuar una revisión en cuanto al fondo de la resolución que ha de ejecutar: se correría el riesgo, en caso contrario, de que se cometan fraudes legales dirigidos a impedir la efectividad práctica del decomiso transfronterizo –y, también por ello, resulta de primera utilidad la solicitud y obtención de medidas cautelares–.

5º. La ausencia de la persona afectada por el decomiso en el proceso judicial en el que se dictó la resolución de decomiso

Según la formulación original del art. 8.2 e) DMRD, era preciso que esa persona no hubiera comparecido personalmente y que tampoco hubiera estado representada por un asesor jurídico en el proceso de origen. Ahora bien, a pesar de esta ausencia, no podría denegarse el reconocimiento si se acreditara (en el certificado) que esa persona fue informada de la existencia del proceso en el Estado de origen, ya sea personalmente, ya sea a través de su representante; y tampoco podría denegarse si, a pesar de concurrir lo anterior, la persona afectada había indicado que no impugnaba la resolución de decomiso.

El art. 18.1 e) LERD, sin embargo, incorpora una versión algo diversa del motivo, a través de la cual se ha querido trasponer a nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican

diversas Decisiones Marco (incluida la DMRD), destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Por eso, lo que dispone nuestra legislación es que se denegará el reconocimiento y la ejecución cuando, según el certificado, el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución de decomiso, salvo que en el propio certificado conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado de emisión, *alguna* de las siguientes circunstancias:

— Que, con la suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió la información oficial de la fecha y lugar previstos para el juicio por otros medios que dejen constancia de su efectivo conocimiento, y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia.

— Que, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en juicio.

— Que, tras serle notificada la resolución de decomiso y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que de ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer, derivase una resolución contraria a la inicial, el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó la apertura de un nuevo juicio ni interpuso recurso dentro del plazo previsto para ello.

6º. La infracción en el Estado de emisión de ciertos criterios de competencia, a la luz de la legislación del Estado de ejecución

Dado que por el momento no ha resultado posible una unificación de los criterios de atribución y distribución de la competencia internacional para conocer de los procesos penales entre los Estados de la Unión Europea, el art. 8.2 f) DMRD – seguido fielmente por el art. 19.1 f) LERD– ha sido sensible a los conflictos de competencia y a la posible apreciación por el Estado de ejecución de que el Estado de emisión conoció del proceso penal sustrayendo a sus tribunales una competencia que debería haberles correspondido.

Así, en primer lugar, cabrá la denegación cuando la resolución de decomiso está vinculada a un proceso penal por infracciones que, con arreglo a la ley española, se entienden total o parcialmente cometidas en su territorio: en estos casos, España como Estado de ejecución se considera a sí misma competente para enjuiciar el hecho punible, de modo que el proceso penal en el Estado de emisión vulnera esa competencia.

Procede igualmente la denegación del reconocimiento cuando la resolución de decomiso es fruto de actuaciones penales por delitos cometidos fuera del Estado de emisión, en caso de que la legislación del Estado de ejecución –la legislación española– no permita la incoación de actuaciones judiciales respecto de tales infracciones cuando se hayan cometido fuera de su propio territorio.

7º. Resoluciones dictadas al amparo de una potestad de decomiso ampliada no obligatoria según la DMD

El art. 8.2 g) DMRD permite denegar el reconocimiento cuando, a juicio del Estado de ejecución, el decomiso se ordenó en el Estado de emisión en aplicación de disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada que no son de incorporación obligatoria por los Estados. Así pues, la denegación sería posible en los casos de decomisos ampliados que se correspondan con otros supuestos, entre los que cabe

mentonar, a título de ejemplo, aquéllos que el art. 3.3 DMD contempla como de incorporación facultativa a las legislaciones internas: esto es lo que sucede con el decomiso total o parcial de bienes adquiridos por los allegados de la persona penalmente responsable, así como con el decomiso de los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que dicho sujeto ejerza un control efectivo, sea individualmente, sea junto con sus allegados, o cuando se trate de una persona jurídica de cuyos ingresos reciba una parte considerable el sujeto en cuestión.

El art. 19.1 g) LERD ha acogido este motivo de denegación de forma algo más restrictiva: no es suficiente que el decomiso se haya ordenado en aplicación de una potestad de decomiso ampliado de incorporación no obligatoria, sino que es preciso, además, que el Juez considere que la resolución es incompatible con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución.

También puede suceder que el tribunal de ejecución considere que el decomiso se adoptó con base en una potestad de decomiso ampliada de incorporación obligatoria según la DMD, pero excediéndose del ámbito de aplicación conferido por la DMD a aquélla: en tal caso, el art. 8.3 DMRD establece el deber de proceder a su ejecución al menos en la medida en que se haría en un asunto nacional análogo con arreglo a la ley nacional; se da cabida, pues, a una denegación de la ejecución, pero de carácter parcial.

La LERD, sin embargo, no se ha hecho eco de esta previsión, que ha quedado sin trasposición a nuestro ordenamiento.

8º. Prescripción de la ejecución de la resolución de decomiso

El art. 8.2 h) DMRD permite que los legisladores nacionales incorporen como motivo de denegación que se haya producido la prescripción de la resolución de decomiso en el Estado de ejecución, siempre que los hechos entren en el ámbito de competencias de dicho Estado en virtud de su propio Derecho penal.

El art. 19.1 h) LERD ha reformulado en parte este motivo de denegación: procede «cuando la resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español».

La formulación legal interna resulta más comprensible, pero la exigencia de que la resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas parece poco compatible con lo dispuesto en el art. 19.1 f) LERD: de ser así las cosas, la denegación sería procedente por esta razón y no por la prescripción.

9º. La ausencia del certificado, su carácter incompleto o su falta de correspondencia con la resolución

El art. 8.1 DMRD, seguido por el art. 19.1 i) LERD, contempla la denegación de la ejecución cuando falte el certificado que ha de acompañar a la solicitud de ejecución de la resolución, cuando sea incompleta o cuando no se corresponda manifiestamente con la resolución.

A diferencia de lo que sucede en otros textos normativos similares, no se ha previsto en el texto de la DMRD ni en el de la LERD un cauce de subsanación de estos defectos formales. Como contrapartida, sí que se establece en tal caso una consulta obligatoria con la autoridad competente del Estado de emisión antes de decidir el no reconocimiento y la no ejecución (arts. 8.4 DMRD y 19.2 LERD): esta consulta, pues, servirá de cauce para corregir los defectos apreciados y permitir el levantamiento del óbice suscitado.

10º. ¿Imposición del decomiso a una persona jurídica?

De conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 DMRD y en el art. 18.2 LERD, no podrá denegarse la ejecución de una resolución de decomiso que afecte a una persona jurídica basándose en el argumento de que nuestro ordenamiento no reconoce el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De hecho, esta situación está llamada a cambiar, pues la reforma del Código Penal actualmente en curso introduce en nuestro ordenamiento un régimen de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas (nuevo art. 31 bis CP).

4.4.2. Régimen de consultas previas

En un plano general, el legislador europeo ha pretendido evitar que la denegación del reconocimiento y/o de la ejecución se perciba como un acto unilateral del Estado de ejecución, que pueda ser contemplado negativamente en el Estado de emisión. Por eso, el art. 8.4 DMRD establece la conveniencia de que el tribunal de ejecución consulte al tribunal de emisión antes de decidir el no reconocimiento y la no ejecución de la resolución de decomiso que se le haya remitido. Con ello se hace posible subsanar posibles defectos o complementar o matizar la información y los datos que pueden ser necesarios para apreciar la concurrencia de los motivos de denegación.

El art. 19.2 LERD asume lo dispuesto en la DMRD –aunque no de forma totalmente fiel– y establece que la consulta ha de ser preceptiva en los siguientes supuestos:

- La ausencia del certificado, su carácter incompleto o su falta de correspondencia con la resolución.
- La infracción del principio de cosa juzgada y *ne bis in idem*.
- La ausencia de la persona afectada por el decomiso en el proceso judicial en el que se dictó la resolución de decomiso.
- La infracción en el Estado de emisión de ciertos criterios de competencia, a la luz de la legislación del Estado de ejecución.
- La resolución se ha dictado al amparo de una potestad de decomiso ampliado no obligatoria según la DMD.
- La ejecución la impiden los derechos de las partes interesadas o de los terceros de buena fe, «cuando no se hubiera informado de la interposición de un recurso en España».

Esta consulta puede hacerse por cualquiera de los medios que se contemplan en el art. 7.2 LERD y lo lógico es que quepa decretarla de oficio: tiene sentido acudir a ella cuando el tribunal de ejecución se plantee *ab initio* la denegación, nada más recibir la resolución. Ahora bien, será igualmente posible servirse de ella en caso de que la concurrencia de la causa de denegación haya sido aducida por el sujeto afectado o por un tercero, que hayan recurrido el reconocimiento: a tal fin se ha previsto, de hecho, la participación del tribunal de emisión en la sustanciación de los recursos frente a las resoluciones del tribunal de ejecución.

4.4.3. Imposibilidad de ejecutar la resolución

Por otra parte, también hay que contar con que no resulte materialmente posible la ejecución de la resolución de decomiso, a pesar de su reconocimiento, debido a que el bien afectado ya haya sido decomisado, haya desaparecido, haya sido destruido o no se haya encontrado en la localización indicada en el certificado, o a que no se haya indicado con la suficiente precisión dónde se encuentra el bien –incluso tras consultar con el Estado de emisión–. En tal caso, la autoridad de

ejecución –es decir, el Juez de lo Penal– se limitará a informar de ello sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión (art. 8.5 DMRD, art. 20 LERD).

4.5. Suspensión de la ejecución

4.5.1. Motivos de suspensión

Junto a la denegación del reconocimiento y/o de la ejecución, también se contempla la posibilidad de que la autoridad del Estado de ejecución suspenda y aplaze la ejecución de la resolución de decomiso en varios supuestos:

— Cuando se trate del decomiso de una cantidad de dinero y exista riesgo de que el valor total derivado de su ejecución pueda exceder del importe especificado en la resolución, en los casos de ejecución simultánea en más de un Estado miembro [arts. 10.1 a) DMRD y 21.1 a) LERD]. En este supuesto, el tribunal de ejecución habrá de informar de la suspensión y de su motivo sin demora al tribunal de emisión (art. 10.3 DMRD y art. 21.2 LERD), para que éste le informe a su vez acerca de si el riesgo subsiste o ha dejado de existir [art. 14.3 a) *i.f.* DMRD y art. 9.3 a) LERD].

— Cuando la ejecución de la resolución de decomiso pueda impedir el buen desarrollo de una investigación o actuación penal en curso [art. 10.1 c) DMRD, art. 21.1 b) LERD]. En este caso, la suspensión durará el tiempo que se estime razonable.

En efecto, si un tribunal nacional procede a decomisar bienes, pone de manifiesto al hacerlo la actuación de las autoridades de persecución penal y se puede frustrar con ello una investigación relativa a otras actividades delictivas del mismo sujeto o grupo organizado.

— Cuando se considere necesario traducir, sin repercutir su coste al Estado de emisión, la resolución de decomiso o partes de ella [art. 10.1 d) DMRD, art. 21.1 c) LERD].

Hay que tener en cuenta que lo que ha de venir traducido al español necesariamente es el certificado, pero no la resolución en sí. Si falta el certificado traducido, la solicitud se puede considerar incompleta y se puede rechazar el reconocimiento al amparo del art. 19.1 i) LERD.

— Cuando el bien ya está siendo objeto de un procedimiento de decomiso en España [art. 10.1 e) DMRD, art. 21.1 d) LERD]. En este caso, pues, la preferencia se atribuye siempre al decomiso «nacional» frente al extranjero.

En todos estos casos, puede ser conveniente que, no obstante la suspensión de la ejecución, se adopten las medidas de aseguramiento pertinentes, para el caso de que se alce la suspensión: por eso, el art. 10.2 DMRD establece el deber del tribunal de ejecución de adoptar durante el periodo de suspensión todas las medidas que habría adoptado en un asunto nacional análogo para impedir que los bienes dejen de estar disponibles con vistas a la ejecución de la resolución de decomiso. El art. 21.2 LERD asume esta obligación señalando, llanamente, que el Juez de lo Penal adoptará durante el periodo de suspensión las medidas necesarias para asegurar la ejecución del decomiso: esto incluye, sobre todo, la incautación cautelar de los bienes y la adopción de las medidas de garantía de la incautación (que, por analogía, serán las mismas que para el embargo).

Además, al tribunal de emisión también hay que informarle sin demora de la suspensión de la ejecución de la resolución de decomiso, de sus motivos y, si es posible, de su duración prevista (art. 10.4 I DMRD, art. 21.4 LERD).

Y, por supuesto, desaparecida la causa de suspensión, el tribunal de ejecución tomará de inmediato las medidas oportunas para ejecutar la resolución de

decomiso, informando de ello al tribunal de emisión (art. 10.4 II DMRD, art. 21.5 LERD).

4.5.2. *El caso especial de la suspensión en caso de recurso*

La DMRD también establece la suspensión de la ejecución «en los casos de recursos que se mencionan en el artículo 9» [art. 10.1 b) DMRD], es decir, cuando se haya interpuesto recurso en el Estado de ejecución contra la resolución que acuerda el reconocimiento y la ejecución de la resolución y cuando se haya interpuesto un recurso en el Estado de emisión contra la resolución de decomiso. En este último caso puede tratarse de un recurso en sentido propio que se haya interpuesto –de conformidad con la legislación procesal de ese Estado– con posterioridad a su remisión al Estado de ejecución; pero puede ser también un medio extraordinario de rescisión o nulidad de la resolución de decomiso.

Nuestro legislador, sin embargo, ha omitido la trasposición de la DMRD en este punto: la DMRD no establece que sea obligatoria la suspensión en estos casos, pero sí que parece establecer como preceptivo que la legislación interna ofrezca al tribunal de ejecución la posibilidad de decretar esta suspensión. Lo cierto, no obstante, es que se ha procedido de forma diversa al regular el sistema de recursos pues, como se verá, se señala expresamente que no tendrán efecto suspensivo los que se interpongan contra las resoluciones dictadas en relación con el reconocimiento y la ejecución del decomiso.

4.6. *Ejecución simultánea en varios Estados de una misma resolución de decomiso*

Según se ha señalado ya, es posible que el tribunal de emisión remita una misma resolución de decomiso para su ejecución a diversos Estados, en los supuestos previstos por los apdos. 2 y 3 del art. 5 DMRD, y ello tanto si se han decomisado bienes concretos, como cuando se trata de cantidades de dinero. Se suscita con ello una eventual ejecución simultánea de la misma resolución de decomiso en varios Estados que, de hecho, además de en estos casos, también puede tener lugar aunque la resolución se haya remitido a un único Estado: y es que la remisión de la resolución a otro Estado para su reconocimiento y ejecución no impide que en el propio Estado de emisión se proceda también a ejecutar el decomiso (art. 14.1 DMRD, art. 9.1 LERD); se trata de una opción lógica cuando se ha decomisado una cantidad de dinero y hay activos, pero no suficientes, en el Estado de emisión, y también cuando se trata del decomiso de bienes concretos que se encuentran en parte en el Estado de ejecución y en parte en el Estado de emisión.

En los casos en que la ejecución simultánea de una única resolución de decomiso se refiere a cantidades de dinero se genera el peligro de que la actividad ejecutiva se acabe proyectando sobre una cantidad mayor de la expresada en la resolución: por eso, el art. 14.2 DMRD y el art. 9.2 LERD advierten de que el valor total derivado de la ejecución de una resolución de decomiso nunca podrá exceder del importe máximo especificado en aquella; además, se arroja la responsabilidad de que este resultado no se produzca sobre el tribunal de emisión.

Para dar eficacia a esa previsión es necesario un intercambio fluido de información entre los tribunales implicados, unido a la posibilidad de suspender la ejecución cuando se advierta el riesgo de que se produzca el decomiso de una cantidad excesiva. En concreto, el sistema de la DMRD obliga a los Estados miembros a que sus legislaciones internas asuman los siguientes mecanismos:

1º. Tal y como se ha visto antes, el tribunal de ejecución debe suspender la ejecución si sospecha que se puede obtener una cantidad superior a la que realmente corresponde; en tal caso, lo comunicará al tribunal de emisión, quien le

informará acerca de la existencia o no del riesgo [arts. 10.1 a), 10.3 y 14.3 a) DMRD; arts. 21.1 a), 21.3 y 9.3 a) LERD].

2º. El propio tribunal de emisión debe tomar la iniciativa de informar a los tribunales de ejecución si considera que existe ese riesgo de que la ejecución supere el importe máximo especificado –v.g., porque ha recibido información de un tribunal de ejecución– [art. 9.3 a) LERD]; aunque no se especifica de modo directo, ha de entenderse que esa información motivará la suspensión de la ejecución en los Estados en que se estuviera procediendo a ella hasta que, realizadas las consultas oportunas, se determine la cantidad ya obtenida y la que resta, en su caso, por obtener, o se decida en cuál de los Estados habrá de procederse a la devolución del exceso. A tal fin, la DMRD da a entender que es al tribunal de emisión a quien le corresponde asumir el papel de centralizador de la información y adoptar las decisiones procedentes en función de la situación real de la ejecución.

3º. Precisamente por ello, el tribunal de emisión debe informar a los tribunales de ejecución cuando se haya ejecutado en todo o en parte la resolución de decomiso en el propio Estado de emisión o en otro Estado de ejecución, así como de los pagos voluntarios que se hayan realizado en el Estado de emisión: se especificará entonces el importe que aún queda pendiente de ejecución, para que no se sobrepase ese límite [arts. 14.3 b) y c) y art. 12.2 i.f. DMRD; art. 9.3 b) y c) y art. 17.2 i.f. LERD]. Para poder hacer efectivo el cumplimiento de este deber se establece también el deber del tribunal de ejecución de comunicar al tribunal de emisión que ya se ha completado la ejecución o que se le ha puesto fin aunque no se haya podido lograr una ejecución completa [cfr. art. 17 d) DMRD, art. 11 LERD].

4º. Además, también se reconoce al condenado la facultad de evitar este resultado (arts. 12.2 DMRD y 17.2 LERD): si puede probar al tribunal de ejecución que ya se ha producido el decomiso total o parcial en otro Estado, este tribunal –en España, el Juez de lo Penal– tendrá que consultar con el tribunal de emisión por cualquiera de los medios previstos en el art. 7.2 LERD. Se pone con ello de manifiesto, pues, que el condenado ha actuado con mayor rapidez que el tribunal de emisión, que es quien, en principio, debería haber informado al tribunal de ejecución; pero, en cualquier caso, las consecuencias han de ser las mismas.

4.7. Instrumentos para la tutela de las partes y de terceros: régimen de recursos

4.7.1. Previsiones generales de la DMRD

El art. 1.2 DMRD establece que lo dispuesto en ella no podrá nunca alterar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea: se trata de una proclamación genérica, que el legislador europeo incluye sistemáticamente en los textos normativos elaborados en el marco de la cooperación judicial internacional en materia penal y que obliga a los Estados miembros a incorporar los preceptos de las decisiones marco de un modo que no atente contra los derechos fundamentales –o, si se quiere, que impide a los legisladores internos utilizar el deber de trasponer las decisiones marco como pretexto para la aprobación de textos legales que no sean conformes con los estándares que marca el art. 6 TUE–.

En sintonía con ello, diversos preceptos de la DMRD se encargan de enfatizar que el reconocimiento y ejecución de resoluciones de decomiso no puede efectuarse sin dar cabida a los mecanismos pertinentes de tutela a las partes y a terceros. Así, de un modo más concreto, se establece cuáles son los cauces a través de los cuales podrán defender su posición los sujetos que se vean afectados por las actuaciones judiciales vinculadas con el decomiso transfronterizo:

— La resolución acordando el decomiso sólo podrá ser impugnada, por motivos de fondo, en el Estado de emisión, pero no en el de ejecución (arts. 9.2 y 13.2 DMRD, art. 23.4 LERD).

Debe recordarse que la aplicación del principio del reconocimiento mutuo presume la firmeza de la resolución; ahora bien, ésta no impide el ejercicio de acciones rescisorias, de revisión o de nulidad, que únicamente podrán plantearse en el Estado de emisión; y también hay que contar con la posible existencia de sistemas en los que el plazo para interponer recursos *stricto sensu* sea muy amplio y en los que, mientras éstos no se interpongan, pueda predicarse la firmeza de la resolución.

— En el Estado de ejecución podrán proponerse los recursos oportunos contra el reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera de decomiso; estos recursos han de estar abiertos a las partes así como a terceros; y podrán tener carácter suspensivo, si así lo decide la legislación interna (art. 9.1 DMRD).

Ha de entenderse por «recursos» todos los mecanismos de reacción frente a la resolución del tribunal de ejecución, en función de cómo decida diseñarlos cada legislador nacional. El núcleo básico de estos instrumentos ha de ser la alegación de la concurrencia de causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución; pero también servirán para poner de relieve defectos o nulidades procesales en relación con la tramitación del procedimiento o con el modo en que se desarrollan las actuaciones para proceder a la ejecución del decomiso.

— Podrán conceder amnistía o indulto tanto el Estado de emisión como el de ejecución, en función de lo que disponga la legislación interna de cada uno (art. 13.1 DMRD): es importante resaltar que se atribuye con ello derecho de gracia también al Estado de ejecución, posiblemente para evitar las consecuencias discriminatorias que podrían darse en caso contrario si se adoptaran medidas de perdón a sujetos que se hallaran en situaciones análogas derivadas de procesos nacionales.

El legislador español ha omitido la trasposición de esta disposición, salvo la referencia muy indirecta que se puede extraer del art. 11 LERD, cuando dispone que la autoridad judicial española, en tanto que autoridad de emisión, informará de inmediato a la autoridad de ejecución de toda decisión o medida que tenga por efecto anular el carácter ejecutorio de la sentencia o retirar la resolución del Estado de ejecución por cualquier otro motivo: el indulto puede recibir encaje en este supuesto.

4.7.2. El sistema de recursos introducido por la LERD

El legislador español ha decidido reconducir la regulación de los instrumentos de tutela de las partes y de terceros al régimen de recursos contra las decisiones del tribunal de emisión y del tribunal de ejecución.

1º. Recursos en España como Estado de emisión

En cuanto a los recursos ante un tribunal español, siendo España el tribunal de emisión, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 13 LERD. En concreto, el art. 13.1 LERD se limita a señalar que la impugnación de la resolución de decomiso habrá de ser resuelta por el tribunal competente para ello. El carácter genérico del precepto comporta una remisión a las reglas generales sobre impugnación de la resolución judicial que imponga el decomiso.

De forma más peculiar, el 13.2 LERD establece que el tribunal español de emisión habrá de comunicar al Estado de ejecución la estimación de un recurso que afecte a la resolución de decomiso. Debe advertirse, sin embargo, que en propiedad

no puede tratarse de un recurso, pues la remisión de la resolución de decomiso a un tribunal de otro Estado para su ejecución presupone la firmeza aquélla. Por eso, hay que entender que el precepto se está refiriendo al proceso de revisión o al amparo constitucional, que no son recursos *stricto sensu*.

Por otra parte, debe destacarse también que la LERD no regula la impugnación de la resolución por la que se acuerda transmitir la resolución de decomiso al extranjero, a pesar de que puede tener sentido, en caso de que la razón por la que se pretende impugnar la resolución en el Estado de emisión no pueda hacerse valer como causa de oposición en el Estado de ejecución: esto es lo que puede suceder, *v.g.*, en caso de ausencia de firmeza de la resolución. Por eso, el silencio legal en este punto no puede interpretarse como prohibición, sino como aplicación de las reglas generales.

2º. Recursos en España como estado de ejecución

En el Estado de ejecución cabrá defenderse contra las lesiones de derechos e intereses que provoquen los actos que lleve a cabo el tribunal encargado de dar cumplimiento a la resolución de decomiso: los recursos, por tanto, se proyectarán sobre las decisiones que este tribunal adopte en relación con el reconocimiento y la ejecución. Así, a modo de ejemplo, cabe imaginar que se impugne su decisión de no reconocer y no ejecutar la resolución; o, a la inversa, es posible que se recurra la resolución que acuerda el reconocimiento y ordena medidas de ejecución, a pesar de concurrir algún motivo de denegación; o que la impugnación se refiera a las concretas medidas de cumplimiento que se hayan adoptado, por considerarlas no compatibles con la resolución o porque extienden su eficacia a bienes no incluidos en ella.

El art. 23 LERD desarrolla el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas por los Jueces de lo Penal en su calidad de tribunales de ejecución en los siguientes términos:

a) Serán recurribles los autos que dicten los Jueces de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones de decomiso (art. 23.1 I LERD): cabe entender sin especial dificultad que el recurso no se ciñe sólo a la primera resolución que dicte el Juez de lo Penal acordando el reconocimiento y disponiendo su ejecución, sino también a las que eventualmente fuere preciso dictar ulteriormente, así como aquéllas en que se deniegue el reconocimiento y la ejecución.

b) Los autos en cuestión serán recurribles en reforma y en apelación, que podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. El precepto señala expresamente que ninguno de ellos tendrá efecto suspensivo, a pesar de la libertad que en este punto ofrecía la DMRD (art. 23.1 I *i.f.* LERD).

c) La legitimación para recurrir está atribuida al Ministerio Fiscal, al condenado y a los titulares de derechos e intereses legítimos.

El sujeto pasivo del proceso penal podrá formular los recursos en cuanto tenga conocimiento de las resoluciones que dicte la autoridad judicial de ejecución que, por definición, habrán de serle comunicadas.

En caso de que la notificación deba realizarse por los cauces del auxilio judicial internacional, debe tenerse en cuenta el desfase temporal que puede producirse entre el momento en que se dictó la resolución y aquél en que se abre el plazo para recurrir.

En cuanto a los terceros que sean titulares de derechos e intereses legítimos, es evidente que el alzamiento del decomiso en sí deben solicitarlo, si acaso, en el

Estado de emisión (art. 23.4 LERD). Ahora bien, en el Estado de ejecución pueden oponerse alegando justamente la infracción de sus derechos (pues es motivo de denegación del reconocimiento) y, en todo caso, podrán también impugnar el modo en que se ha dado cumplimiento a la resolución de decomiso (v.g., si se ha producido una indebida extensión del decomiso a sus bienes como consecuencia de la actuación del tribunal de ejecución).

En cambio, pensamos que ha de quedar excluida la legitimación de los sujetos que hayan ejercitado la acusación en el proceso penal de origen y que no pueden considerarse incluidos en la referencia a los «sujetos titulares de derechos e intereses legítimos», al efecto de impugnar también las decisiones del tribunal español en tanto que tribunal de la ejecución: a nuestro juicio, la LERD reserva esta expresión a quienes ostenten algún tipo de relación jurídica que los vincula con los bienes afectados por el decomiso, no con el proceso de origen.

d) En cuanto a la tramitación, hay una remisión a las normas sobre sustanciación de estos recursos en el procedimiento abreviado, aunque se han introducido ciertas especialidades derivadas de las exigencias que impone el art. 9 DMRD, consistentes en que el tribunal de origen sea informado del recurso y pueda participar en él.

— En primer lugar, el Juez de lo Penal habrá de comunicar la interposición del recurso (sea de reforma o directamente de apelación) al tribunal de origen, para que exponga, en su caso, las consideraciones que estime oportunas en el plazo de cinco días (art. 23.2 LERD): aunque nada se diga en el precepto, cabe entender que este trámite de audiencia mantiene en suspenso la resolución del recurso. Para evacuar estos trámites —es decir, que el tribunal español comunique la interposición del recurso y que el tribunal de origen exponga sus consideraciones— bastará con usar los mismos cauces utilizados para la remisión de la resolución de decomiso (cualquier medio que permita dejar constancia escrita de lo remitido). Aunque no lo señale expresamente el precepto, debe entenderse que el idioma en que habrán de materializarse estas actuaciones será el del Estado de ejecución o aquel otro que dicho Estado haya considerado admisible para recibir resoluciones de decomiso, pues son actuaciones propias de la fase de ejecución de la medida cautelar (en el caso de nuestro país, por tanto, será el español).

— Parece también razonable que esta oportunidad de formular alegaciones al recurso se le ofrezca una sola vez al tribunal de origen, a pesar de que puedan sustanciarse dos recursos consecutivos (primero el de reforma y, frente al auto que lo resuelve, el de apelación), en los casos en que el recurso de reforma haya sido desestimatorio y haya confirmado la resolución recurrida: si el tribunal de origen ya formuló sus alegaciones ante el recurso de reforma, cabe suponer que las mantendrá de cara al recurso de apelación (de modo que la Audiencia Provincial deberá tenerlas también en cuenta para fundar su decisión); y si el tribunal de origen no quiso formular alegaciones ante el recurso de reforma, carecerá realmente de interés en hacerlo en apelación, dado que la resolución inicialmente atacada no ha variado.

— El tribunal de emisión dispondrá de un plazo máximo de cinco días para formular y remitir sus consideraciones. Estas «consideraciones» tendrán el valor de auténticas alegaciones y, por consiguiente, podrán ser tenidas en cuenta por el tribunal que conozca del recurso para fundar su resolución. Además, a través de esta participación del tribunal de emisión se pueden hacer efectivas las consultas que, en algunos casos, son obligatorias antes de denegar el reconocimiento y la ejecución —ya que éste puede ser el contenido de la resolución que ponga fin al recurso—.

— Por otra parte, el Juez de lo Penal ha de informar al tribunal de emisión del resultado del recurso de reforma o apelación (art. 23.3 LERD).

4.7.3. Indemnizaciones y reembolsos

En términos generales, los actos de ejecución de un decomiso constituyen actuaciones que irrogan un perjuicio al sujeto sobre el que se proyectan. En principio, el sujeto pasivo del decomiso se encuentra jurídicamente obligado a soportar los daños que su ejecución le ocasione. Sin embargo, puede suceder que la actividad de ejecución de un decomiso transfronterizo haya lesionado indebidamente los derechos e intereses de terceros (v.g., porque se ha proyectado la actividad de decomiso sobre bienes no afectados por la resolución) o que se haya acabado alzando la resolución que ordenó la ejecución del decomiso como consecuencia de la estimación de un recurso. En estos casos, puede surgir el derecho de su sujeto pasivo a una indemnización de los daños padecidos.

La DMRD no incide en el régimen jurídico de estas indemnizaciones: ni establece que deban abonarse, ni quién debe hacerlo, ni bajo qué presupuestos; se trata de una cuestión, al contrario, que su art. 18.2 remite a las legislaciones internas de cada Estado. Ahora bien, la posible existencia de este tipo de indemnizaciones sí que es el supuesto de hecho de la norma contenida en el art. 18.1 DMRD, que tiene un ámbito de aplicación muy particular. En efecto, y partiendo del carácter transfronterizo de la actividad judicial en los supuestos que nos ocupan, es posible que se produzcan daños y se pretendan –y se obtengan– indemnizaciones tanto en el Estado de emisión como en el Estado de ejecución.

Puede así suceder que haya sido la actividad desarrollada en el Estado de emisión la que haya generado el daño y que dicho Estado se vea en la obligación de resarcírsele a quien lo ha padecido; tampoco cabría descartar que, aunque el daño lo haya provocado la actividad llevada a cabo en el Estado de ejecución, el perjudicado haya reclamado y obtenido una indemnización del Estado de emisión. Nada establece la DMRD para estos casos.

Pero cabe también imaginar que haya sido el cumplimiento de las medidas en el Estado de ejecución el que haya provocado unos daños que hayan tenido que ser resarcidos por éste, en virtud de lo dispuesto por su ordenamiento. Pues bien, en tal caso, el art. 18.1 DMRD establece que el Estado de emisión habrá de reembolsar al de ejecución lo que éste haya tenido que abonar como indemnización al perjudicado. Subyace a este planteamiento la apreciación de que el Estado de ejecución no habría incurrido en esos gastos de no haber mediado el deber de reconocer y ejecutar la resolución dictada por un tribunal del Estado de emisión. Por ese motivo, el precepto excluye de este deber de reembolso los casos en que la indemnización se refiera a daños debidos exclusivamente a la conducta del Estado de ejecución.

Lo dispuesto en el art. 18.1 DMRD se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través del art. 5 LERD, que también ha aprovechado para hacer referencia a las reclamaciones que, con base en este título, puede formular el Estado español.

En efecto, el art. 5.1 LERD es el que realmente incorpora el art. 18.1 DMRD, en términos bastante similares a los de éste: se alude en él al deber que tiene el Estado español, en tanto que Estado de emisión, de reembolsar al Estado de ejecución las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no se debieran exclusivamente a la actividad de dicho Estado.

El art. 5.2 LERD, por su parte, se ocupa de regular la reclamación de reembolso que puede formular el Estado español en tanto que Estado de ejecución: se reclamará el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de reparación de

daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no sean consecuencia exclusivamente del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o de error judicial.

Este inciso final, sin embargo, resulta un tanto peculiar, pues da a entender que la responsabilidad del Estado español, en tanto que Estado de ejecución, sólo puede fundarse en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o en el error judicial. Aunque esta apreciación parece lógica, dada la amplitud que ambas nociones –singularmente la primera– reciben en nuestra práctica, puede resultar perturbadora, al menos desde un plano teórico y abstracto: en efecto, si en algún supuesto pudiera apreciarse que el origen del deber de indemnizar se encuentra en algún motivo que no sea susceptible de encaje en ninguno de estos conceptos, el resultado práctico sería el derecho del Estado español a reclamar el reembolso de la indemnización, aunque el motivo en cuestión fuera también imputable de forma exclusiva al Estado. Se estaría reclamando con ello el reembolso de un pago que, conforme al art. 18.1 DMEP, nuestro Estado estaría obligado a soportar.

5. EL DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS

Una vez que ya existe y es eficaz el decomiso transfronterizo en el Estado de ubicación de los bienes, queda por resolver una última cuestión, la relativa al destino de los bienes decomisados.

Algunos textos normativos supranacionales acuden en este punto a una técnica análoga a la de las normas de conflicto, estableciendo cuál será el ordenamiento jurídico que regirá el destino y/o utilización de los bienes decomisados: la regla general, en este punto, consiste en la aplicación de las normas internas del Estado que haya *practicado* el decomiso, es decir, el Estado donde se encuentren los bienes, aunque la medida se haya decretado formalmente en otro Estado [cfr. arts. 5.5.a) CNU/1988, 14.1 CNU/2000, 15 CCE/1990 y 25.1 CCE/2005].

Es posible que los bienes decomisados tengan carácter ilícito o peligroso, y que la normativa del Estado de decomiso prevea su destrucción: nada habrá que plantearse entonces. Pero también será frecuente que los bienes tengan un valor económico-patrimonial, con lo que se puede suscitar la cuestión de determinar a quién revierten.

En principio, lo procedente será darles el destino que disponga la legislación interna del Estado que ha practicado el decomiso: y esto incluye –entre otras posibilidades– su apropiación por el Estado, o la de su producto, previa realización forzosa, si eso es lo previsto para el tipo de bienes al que pertenezcan los decomisados. Puede resultar llamativo que el proceso penal desarrollado en el Estado de origen acabe de este modo redundando en beneficio para el Estado donde se encuentran los bienes –tal vez a modo de «premio» por su cooperación–, pero, bien mirado, no deja de ser un resultado razonable: en efecto, la finalidad del decomiso no es la financiación del Estado que persigue el delito, de manera que no tiene por qué existir un derecho preferente del Estado de origen frente al de ejecución; lo importante es privar al delincuente del producto del delito, como instrumento al servicio de la política criminal y esto no se ve alterado por el hecho de que sea un Estado u otro quien se apropie de los bienes; antes bien, puede ser justo que esa apropiación beneficie a quien, en definitiva, ha realizado los esfuerzos para hacerla efectiva, es decir, al Estado cuyos tribunales han llevado a cabo la ejecución del decomiso.

No obstante lo anterior, tampoco deja de resultar lógico que, en estos supuestos de decomiso transfronterizo, puedan preverse ciertas excepciones y se pueda otorgar cierto protagonismo o participación al Estado de origen.

Así, será razonable que se alteren las reglas cuando el producto de los bienes decomisados podría servir para resarcir a la víctima del delito (máxime si no existen otros bienes sobre los que hacer efectivo el derecho a la reparación), así como cuando deben ser restituidos a sus legítimos propietarios, que se encuentran en el Estado de origen: en estos casos, deberían entregarse al Estado de origen, para que los restituya a sus propietarios o para que los emplee para resarcir al perjudicado por el delito, o bien, del producto total de los bienes decomisados, deberían entregarse a ese Estado las cantidades necesarias para cubrir el importe de las reparaciones. Se trata de una posibilidad expresamente contemplada por los arts. 14.2 CNU/2000 y 25.2/CCE 2005 (es decir, por los textos supranacionales más modernos)³⁵.

Al margen de lo anterior, los textos supranacionales también contemplan la posibilidad de que los Estados implicados realicen pactos sobre el destino de los bienes decomisados, o sobre su producto una vez vendidos, ya sean pactos generales, o bien caso por caso [arts. 5.5.b) ii) CNU/1988, 14.3.b) CNU/2000, 15 CCE/1990 y 25.3 CCE/2005]. Asimismo, también se prevé la posibilidad de atribuir a los bienes –o a su producto– destinos más específicos (y «altruistas»), siempre a voluntad del Estado:

— El art. 5.5.b) i) CNU/1988 ofrece la posibilidad de aportar la totalidad o una parte considerable a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

— El art. 14.3.a) CNU/2000 ofrece dos alternativas: su aportación a una cuenta corriente abierta por la ONU para financiar la prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a aplicar la Convención [art 30.2.c)]; o bien su aportación a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada.

En consonancia con la remisión que efectúan los textos supranacionales a la legislación interna del Estado de decomiso, debemos analizar qué prevé el ordenamiento español como destino de los bienes decomisados, especialmente en caso de que el proceso penal no se haya tramitado ante nuestros tribunales.

a) En primer término, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el propio Código Penal, dado el carácter genérico de sus previsiones:

— La regla general, según el art. 127 CP, es que los bienes decomisados que sean de lícito comercio se vendan y su producto se aplique a cubrir las responsabilidades civiles del penado, si la Ley no previera otra cosa. Este precepto, pues, puede servir de apoyo para remitir los bienes decomisados al Estado en que se haya tramitado el proceso penal y en que se hayan declarado las responsabilidades civiles; o, cuando menos, para que se le entreguen los bienes que han de ser restituidos a sus titulares legítimos y para que se le remita una parte de los bienes decomisados o de su producto que sirva para cubrir el importe de las indemnizaciones concedidas por la autoridad judicial extranjera a los perjudicados por el delito.

³⁵ Al mismo fin puede servir también el art. 8 CUE/2000: «A petición del Estado miembro requirente y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, el Estado miembro requerido podrá poner a disposición del Estado requirente objetos obtenidos por medios ilícitos para que se restituyan a su legítimo propietario».

— No obstante, cuando se trate de bienes decomisados en relación con delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales, los bienes se adjudicarán íntegramente al Estado y no podrán ser aplicados a la satisfacción de responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales (art. 374.4 CP): en consecuencia, no habrá en estos casos remisión al Estado de origen para hacer frente a la responsabilidad civil *ex delicto* eventualmente declarada por sus tribunales.

b) En desarrollo precisamente de esta previsión especial del CP, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados³⁶. Se establece en ella el destino de los bienes decomisados por delitos de tráfico de drogas, de blanqueo de capitales y de contrabando (cuando su objeto sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores). Estos bienes, o su producto, nutrirán un fondo, de titularidad estatal, dirigido: a) a sufragar programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos; b) a la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos referidos; y c) a la cooperación internacional en la materia.

En lo que ahora nos interesa, debe señalarse que la propia Ley contempla la posibilidad de que a los bienes deba dárseles un destino distinto, en función de lo previsto en los tratados internacionales suscritos y ratificados por España (art. 1.3): se parte así de la premisa de que no resulta extraña a nuestro ordenamiento una entrega a autoridades extranjeras de bienes decomisados por las nuestras.

Asimismo, y en consonancia con lo establecido en el art. 5.5.b) i) CNU/1988, el art. 3.1.h) de la Ley dispone que podrán ser destinatarios y beneficiarios de los recursos del fondo los organismos internacionales, entidades supranacionales y Gobiernos de Estados extranjeros, para el desarrollo de programas destinados a satisfacer los fines que justifican la existencia del propio Fondo de bienes decomisados.

c) Por otra parte, tras la reforma operada en 2006 en la LECrim con ocasión de la aprobación de la LERE, se permite ahora la realización anticipada de bienes que hayan sido objeto de embargo (preventivo) en España en aplicación del sistema de reconocimiento de la eficacia de las resoluciones de embargo preventivo dictadas en otros Estados de la Unión Europea, aunque para ello será preciso obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera que adoptó el embargo preventivo (art. 367 quáter 3 LECrim). El producto de esta realización de los bienes embargados por orden de una autoridad judicial extranjera –deducidos los gastos– se ingresará en la cuenta de depósitos del Juzgado, pero quedará a disposición de la autoridad extranjera que hubiera ordenado el embargo preventivo, a la que se informará de inmediato de esta circunstancia (art. 367 quinquies 3 III LECrim). De este modo, dicha autoridad podrá decretar directamente el decomiso de ese importe, cuando resulte procedente.

d) Finalmente, la incorporación de la DMRD a los ordenamientos nacionales aportará un enfoque más preciso a la cuestión. En concreto, y sobre la base de las opciones que concede el art. 16 DMRD, el art. 24 LERD establece cuál ha de ser el

³⁶ BOE núm. 129, de 20 de mayo de 2003. Cfr. MAGRO SERVET, “La nueva Ley 17/2003, de 29 de mayo, del fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y la destrucción de droga decomisada en el Proyecto del Código Penal”, *Actualidad Penal*, 2003, págs. 743-761.

destino de los bienes decomisados en aplicación del principio de reconocimiento mutuo:

— Cuando la ejecución de la resolución de decomiso haya conducido a la obtención de una cantidad de dinero, nuestro país se adjudicará su importe, si éste es inferior o igual a 10.000 euros; si excede de esa cifra, entonces habrá de transferirse al Estado de emisión el 50% de la cantidad obtenida (art. 24.1 LERD).

Las cantidades que se obtengan se ingresarán en la cuenta de depósitos y consignaciones y, desde allí, serán transferidas al Tesoro Público, para que se les dé en su caso los destinos específicos contemplados en nuestra legislación.

— Cuando la resolución de decomiso se haya proyectado sobre bienes concretos, habrán de enajenarse y se aplicará su importe con arreglo a lo antes visto, es decir, entregando al Estado de emisión el 50% del importe, si excede de 10.000 euros (art. 24.2 LERD).

— No habrá ni enajenación ni restitución cuando se vean afectados bienes que formen parte del patrimonio histórico español: se aplicarán entonces las normas especiales sobre esta materia (art. 24.3 DMRD).